David Georg Struben

Königl. Großbritanniſchen und Churfürſtl. Braunſchweig-Lüneburgiſchen Vicecanzlers

Rechtliche Bedenken.

Erſter Theil.

Neueſte Ausgabe.

Darmſtadt. 1788.

Im Verlag der Herausgeber der beſten Juriſtiſchen Werke.

G. n. 2955

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Vorrede.

Die Buchläden und Bibliotheken ſind mit ſo vielen Deciſionibus und Reſponſis der Rechtsgelehrten angefüllet, daß es unnöthig zu ſeyn ſcheinen mögte, deren Anzahl zu vermehren. Sie enthalten gemeiniglich vieles, ſo überall bekannt, und weitläuftige Geſchichtserzählungen, woran den wenigſten gelegen. Man findet jedoch auch in den

mehreſten viele überaus brauchbare Sachen, und deswegen ſind ſie Richtern und Advocaten nützlicher, als manche mit groſſer Gelehrſamkeit ausgeſchmückte Juriſtiſche Schriften, welche die gelehrte Welt von des Verfaſſers critiſchen und hiſtoriſchen Einſichten überzeugen, zu weniger Rechtshändel Entſcheidung aber etwas beytragen, und alſo dem gemeinen Weſen ſchlechten Nutzen ſchaffen. Da unſere Vorfahren alle Weisheit in den fremden Rechten zu finden vermeynet, und nur dieſe zu erlernen bemühet geweſen, ſo bedürfen **erſtlich** die Ueberbleibſel des alten Teutſchen Rechts, auch vielfältig die von den Römiſchen abweichende neuere Reichs- und Landesgeſetze einer mehrern Aufklärung, welche ſie alsdenn zu erlangen pflegen, wenn in den Gerichten Rechtshändel vorkommen, wovon ſich im Corpore juris nichts findet. Denn dadurch wird eine ſorgfältige Unterſuchung des Herkommens veranlaſſet. Dieſe giebet den Sachen gemeiniglich ein Licht, welches ihnen bisher gemangelt hat, und daher ſind aus den Schriften unſerer pra tiſchen Rechtsgelehrten, bevorab der neuern, die heutige Teutſche Rechte am zuverläſſigſten zu erlernen.

Manche übelgegründete Entſcheidungen veranlaſſet die Unwiſſenheit der Teutſchen Staatsverfaſſung, inſonderheit wenn man dasjenige, ſo bey denen eines Herren willkührlicher Gewalt unterworfenen Römiſchen Ge-

richten weislich eingeführet war, ganz abgeſchmackt von unſeren höhern Gerichten verſchiedener Landesherren beobachtet wiſſen will, oder auch die Schranken ihrer Gewalt nicht dergeſtalt beſtimmet, wie es die Reichs- und Landesgeſetze erfordern.

Es verändert **zweytens** der geringſte Umſtand die Sache, und werden viele Fehler begangen, wenn man alles über eine Leiſte ziehet, und nach den Rechtsreguln die vorkommende Fälle entſcheidet, ~~oder~~ ohne ſorgfältig zu prüfen, ob die Urſachen, worauf jene ſich gründen, in jedem beſondern Fall ihre Anwendung finden. Die ältern Italiäniſchen Rechtsgelehrten haben zwar nicht ohne Nutzen viele Ampliationes und Limitationes geſammlet, aber ſie ſelten auf tüchtige Gründe gebauet. Dieſen Mangel muß ein Rechtsgelehrter abzuhelfen ſuchen, und, wenn ſich Umſtände hervor thun, welche es erfordern, Ausnahmen von den Reguln mit Anführung guter Gründe machen, wozu die vorkommende ſeltene Fälle, deren Entſcheidung in Terminis, wie man ſpricht, ſich nirgend findet, ihm öfters Anlaß geben.

Es wird **drittens** wohl niemand in Zweifel ziehen, daß unſere Rechtsgelahrtheit noch vieler Ausbeſſerungen bedarf, mithin es nöthig

iſt, manche Sätze zu unterſtützen, und die Einwürfe, ſo andere dawider gemacht haben, aus dem Wege zu räumen.

Viertens erleichtert es die Arbeit der Richter und Advocaten, wenn, auch ohne etwas Neues zu ſagen, ihnen gezeiget wird, wo ſie in ſehr ſtreitigen Rechtsfragen, und wenn Fälle vorkommen, deren Entſcheidung nicht überall zu finden, ſich Raths zu erholen haben.

Endlich **fünftens** ſind manche hoffentlich davon zufrieden, daß man ihnen bekandt machet, welche Meynungen die Gerichte hegen, bey denen ſie Recht ſuchen.

Ich bin bemühet geweſen, meinen Leſern dieſen fünffachen Nutzen zu verſchaffen, und überlaſſe es deren Beurtheilung, ob ſolcher Endzweck erreichet worden. Ganze Relationes und Deductiones habe ich deswegen nicht abdrucken laſſen, weil ſonſt das Buch durch viele überall bekannte Sachen vergröſſert wäre.

Ich mißbillige es, wenn man die Ausſprüche der Rechtsgelehrten als Beweisthümer anſiehet, und mehr mit ſelbigen, als mit Gründen

ſeine Meynung beſtärket. Es iſt aber nicht weniger zu tadeln, daß manche, ohne ſie zu nennen, ihre Schriften gebrauchen. Ein Referent und Advocat ſuchet den Beyfall des Gerichts zu erwerben. Dazu träget ſehr viel bey, wenn er zeiget, daß gelehrte Männer ſeine Sätze billigen. Nicht alle Richter haben ſich von dem Præjudicio autoritatis los gemachet, und vielen fehlet die Zeit, von ihren Collegen ausgeführte ſtreitige Rechtsfragen gründlich zu prüfen. Ihnen geſchiehet ein Genügen, wenn ſie überzeuget werden, daß die Urthel den Lehren berühmter Männer gemäß abgefaſſet worden. Von dem redlichſten Advocaten glaubet man mit Grunde, daß er für ſeine Parthey eingenommen iſt, mithin nicht ohne Vorurtheil ſchreibet. Deſſen bündigſte Schlüſſe hält daher der Richter vielfältig für Scheingründe, wenn ſie nicht mit dem Beyfall unpartheyiſcher Rechtsgelehrten beſtärket werden, welches ich ſo viel möglich, gethan.

Weil ich in meiner zwey und vierzigjährigen ſtarken Praxi die mir vorgekommene ſeltene Fälle ſorgfältig geſammlet habe, ſo iſt die Materie zur Fortſetzung dieſer Arbeit zwar fürhanden. Gott hat mir auch die ſeltene Gnade widerfahren laſſen, daß ich im ſechs und ſechzigſten Jahre meines Alters noch keinen Abgang der Gemüthskräfte ſpühre, und mit Freudigkeit arbeite. Da ich inzwiſchen dem bibliſchen Ziel des menſchlichen Lebens, wel-

ches

ches die wenigſten heutige Menſchen erreichen, ſehr nahe bin, ſo kann keine lange Dauer deſſelben erwarten. Ich werde jedoch die Zeit, in welcher mir Gott Leben und Kräfte verleihet, wohl anzuwenden ſuchen, ſofern es andere Geſchäfte verſtatten, dieſe Arbeit fortſetzen, und mir inſonderheit angelegen ſeyn laſſen, zur Erläuterung der Braunſchweig-Lüneburgiſchen Rechte etwas beyzutragen.

Hannover den 30. Septembr. 1760.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

I. Bedenken.

Ob ein Teutſcher Fürſt ſeiner Vorfahren in der Regierung Schulden zu bezahlen, und ihre Veräußerungen gelten zu laſſen verbunden iſt?

§. I.

Daß ein Staat nicht erhalten werden könne, wenn die Verordnungen und Verträge des Regenten nur, ſo lange er lebet, Kraft haben, und ſein Nachfolger in der Regierung ſich daran nicht kehren darf, fällt einem jeden in die Augen. Wer wird ihm ſolchenfalls Credit geben, und mit demſelben Bündniſſe errichten, ohne welche jedoch kein Fürſt ſich und ſeinem Volk den nothwendigen Schutz verſchaffen mag? Das daraus entſtehende Unheil hat die gröſte Staatsrechtslehrer beweget, auch der Könige und Fürſten Succeſſores ſingulares, für verbunden zu achten, ihrer Anteceſſorum Verheißungen zu erfüllen, wenn ſie in der Abſicht geſchehen, das gemeine Beſte zu befördern (a). In Teutſchland hielte man zwar vor Alters für nöthig, der Kinder Genehmigung auszuwirken, um ihrer Väter Handlungen völlige Kraft zu geben. Aber dieſes Recht iſt längſt in Abgang kommen, und es ſchicket ſich nicht auf unſere Landesherren, deren Gewalt, der Wohlfahrt des gemeinen Beſtens gemäß, beſtimmet werden muß. Ob gleich das teutſche Fürſtenrecht dadurch in große Verwirrung gerathen, daß die Doctores Juris alles nach der Leiſte des Römiſchen und Longobardiſchen Rechts abzumeſſen geſuchet, und vermöge dieſer einen Agnaten ſeiner Vorfahren Ver-

Nach der bey den höchſten Reichsgerichten angenommenen Staatsrechtslehre verbinden die untadelhaften Handlungen eines Regenten ſeinen Nachfolger in der Regierung, wenn derſelbe gleich deſſen Erbe nicht worden, und er muß ſeine

ohne Verſchwendung gemachte Schulden bezahlen.

träge nur verbinden, wenn er deren Erbe worden, ſo iſt dennoch ſolcher Misbrauch in gegenwärtiger Materie vermieden, und bey den höchſten Reichsgerichten entſcheidet man dergleichen Streitigkeiten nach der allgemeinen Staatsrechtslehre. Der Reichshofrath von WERNHER meldet Tom. III. Part. IV. Obſ. 30.,, daß der Kayſerl. Reichshofrath in Sachen Behmers wider Anhalt Cöthen 1730 erkand hat, quod reſidua conſiliariorum ſalaria, vel quod ad augmentum, Zulage, attinet, a ſucceſſore ſingulari in feudis imperii ſolvi debeant. Der Cammergerichts-Aſſeſſor von LUDOLF ſchreibet Symph. Vol. I. Conſ. 6. pag. 157. Succeſſorem in principatu pactis cum Statibus a prædeceſſore initis non teneri, ex Italica ſchola deſumtum eſſe principium. Beym Kayſerl. Cammergericht behauptete 1743 der Referens in Sachen Diel wider Heſſen-Rheinfels, ,,daß der Succeſſor in principatu gehalten ſey, alles dasjenige, ſo in utilitatem & neceſſitatem principatus verwendet worden, zu präſtiren und zu refundiren, das brächten die Rechte mit ſich.,, Der Herr Cammergerichts-Aſſeſſor B. von CRAMER in Op. Tom. IV. pag. 392. entſcheidet die Frage alſo: Licet Succeſſor in territorio univerſalis non ſupponatur, neque heres mobiliaris neque allodialis ſit, ad ea tamen debita ſolvenda obligatur, quæ Anteceſſor in caſu extremitatis & honeſtæ neceſſitatis non tantum intuitu principatus, ſed etiam perſonæ ſuæ familiæque principalis contraxit. Splendor enim & dignitas domus iſtiusmodi debitis conſervatur, cujus conſervatio verſioni in rem æquipollet, eoque magis tunc, quando ærarium Principis impenſis in utilitatem principatus factis adeo diminutum, ut ad eas honeſtas, quæ debitis dictis contrahendis anſam dederunt, non ſuffecerit. Man hat auch 1744 beym Kayſerl. Reichshofrath dafür gehalten, es ſey zu vermuthen, daß ein regierender Herr ex ratione probabili & laudabili gehandelt habe, und ſolchenfalls verbinde er ſeine Succeſſores (c).

(a) GROTIUS de J. B. & P. Lib. 2. Cap. 14. §. 11. 12. PUFENDORF de J. N. & G. Lib. 8. Cap. 10. §. 8. ZIEGLER de Juribus Majeſtaticis Lib. 1. Cap. 12. § 14. COCCEIUS ad Grotium d. l. pag. 287. 288. 296. TITIUS Spec. Jur. publ. Lib. 4. Cap. 5. §. 7. 11.

(b) Herr B. von CRAMER d. l.

(c) Ibid. pag. 410. S. auch LUDEWIG in Conſ. Hallenſ. Tom. II. Lib. II. C. 12. n. 16. BOEHMER Tom. I. Part. 2. R. 41. n. 23.

§. II.

Aber keine Veräußerungen der

Die Befugniß der Landesherren ihre Nachfolger, auch diejenige, welche deren Erben nicht worden, in Verbindlichkeit zu ſetzen, iſt jedoch keinesweges

dahin

dahin auszudehnen, daß ihnen erlaubet wird, Reichslehne zu veräußern. Zwar legen denenſelben die Gewalt nicht wenige Rechtslehrer bey, weil in den mittlern Zeiten ſo manches zu lehnbaren Fürſtenthümern und Grafſchaften gehöriges Stück veräußert iſt, ohne daß man des Kayſers und der Agnaten Genehmhaltung ausgebracht hat (a). Ich kann jedoch dieſer Meinung nicht beypflichten, weil ich I. die vorgegebene Obſervanz für unerweislich halte, und II. die Landesfürſtliche Hoheit mit der Einſchränkung des Veräußerungsrechts wohl beſtehet. Reichslehne gelten laſſen.

Es ſoll I) das Zeugniß ZASII de Feudis Part IX. n. 22. ſolches teutſche Herkommen erweiſen. Selbſt der ſich auf ihn berufende SCHILTER in Comm. ad Jus feud. Alamann. Cap. 26. §. 11. geſtehet aber, daß vor der Oeſterreichiſchen Kayſer Zeiten man davon nichts gewußt. Wie vermag denn ZASIUS, welcher 1534 im 64ſten Jahre geſtorben, von den Zeiten Kayſers Albrecht II., Friedrich III., Maximilian I. und Carl. V. eine Conſuetudinem univerſalem Germaniæ zu bezeugen? Wenigſtens iſt eine große Difformitas actuum fürhanden. Sind Veräußerungen und Verpfändungen beſonderer Lehnſtücke, ohne des Kayſers und der Agnaten Conſens, geſchehen, und bey Kräften geblieben, ſo ſind hingegen andere theils verboten, und theils mit Kayſerlichen Conſenſen beſtärket. Kayſer Friedrich II. verordnete 1230 ohne alle Ausnahme: Ut nemo recipiat in pignore bona, quibus quis infeudatus eſt, ſine conſenſu & manu Domini Principalis (b). Als Herzog Otto und Friedrich zu Braunſchweig und Lüneburg etliche Schlöſſer und Städte in den Grafſchaften Homburg und Eberſtein gelegen, ohne Willen des Römiſchen Kayſers und ihrer Vettern, die dazu rechte Erben waren, Biſchof Magnus zu Hildesheim um eine Summe Geldes pfändlich verſetzet, und eingeantwortet hatten, mißbilligte ſolches Kayſer Siegismund, und gebote den Landesſtänden 1433 „dem Biſchof und Capitul zu Hildesheim keine Huldigung zu thun, und ſich an das Fürſtenthum Braunſchweig und Lüneburg treulich zu halten (c).„ Kayſer Maximilian I. erklärte es 1479 „für Kraftlos, dafern Herzog Georg in Bayern ſein Fürſtenthum oder etwas davon in ſeinem Leben oder von Todes wegen jemand anders, als den Agnaten zuwenden und vermachen möchte (d).„ Kayſer Ferdinand II. caßirte 1625 „alles dasjenige, ſo den Braunſchweiggiſch-Lüneburgiſchen Reichslehn zum Nachtheil alienando, oder in anderer Wege fürgangen, auf was Weiſe es auch geſchehen mögte, aus Kayſerlicher Macht und Gewalt, vorbehältlich derjenigen Strafen, in welche den Lehnrechten nach diejenige fallen, ſo ohne des Lehnsherren Conſens die Lehne zu alieniren ſich unterſtehen dörfen (e); „ Da denn

von keiner Veräußerung ganzer Fürſtenthümer und Grafſchaften, ſondern von deren Pertinenzien die Rede war, welche man nicht caßiren können, wenn den Teutſchen Fürſten die Facultas alienandi particulas feudorum Imperii zuſtehet. Dennoch iſt dieſer per patentes in ganz Teutſchland bekand gemachten Kayſerl. Verordnung von niemand widerſprochen. Viele ohne des Lehnsherren und der Agnaten Einwilligung veräußerte Stücke ſind Erbe geweſen (f), und viele mittelſt eines Vergleichs bey entſtandenen Fehden weggegeben, welches ein Lehnmann aus erheblichen Urſachen zu thun vermag. Da auch die Alienationes feudorum ſine conſenſu Domini in præjudicium descendentium Vaſalli alienantis beſtehen, ſo hat es mancher darauf gewaget.

Es wird II. der Länder Wohlfahrt vielmehr befördert, als ihnen ein Nachtheil verurſachet, wenn man nicht leicht ihre Zubehörungen ab Händen kommen läſſet. In dem Fürſtl. Schleswig-Holſteinſchen wegen Barmſtadt dem Kayſerl. Reichshofrath 1708. übergebenen Memorial heiſſet es: „Obwohl ohnedem endlichen auch wohl die Opinio Doctorum, daß wenn nur nicht die ganze Provinz verkaufet wird, ein particulier-Guth dennoch von einem Landesherrn noch allezeit ohngehindert verkaufet werden könne, wenn man ſie etwas näher einſiehet, ſonderlich in alten unter geſamter Hand und Lehniſchen Wehre begriffenen Pertinenzien, die Probe auf keine Weiſe daher halten kann, wann bekand, eandem eſſe partis, quæ totius rationem, und wenn einmahl erſtlich nur das geringſte Stück Landes verkaufet werden könne, eodem Jure ſodann auch wiederum das zweyte, dritte und vierte Stück zu verkaufen frey ſtünde, alſo folglich alle Aemter, bis daß zuletzt nichts mehr übrig, ſo aber jedoch Zweifels ohne contra mentem primi diſponentis ſeyn würde (g).„ Der Teutſchen Reichsſtände Landeshoheit mindert der Nexus feudalis nicht. Sie ſtehet ihnen Jure feudi zu, und LUDOLF de Jure fœminarum illuſtrium Sect. 2. Memb. 1. §. 11. n. 92. bemerket ganz recht, ſublimia Principum Jura cum utili domino ſtare poſſe, h. e. modum habendi non eſſe opponendum poteſtati circa rem.

(a) SCHILTER Ex. 45. §. 68. ITTER de Feudis Imperii Cap. 23. §. 3. 4. LUDOLF Symph. Vol. I. Conſ. 7. p. 171. HORN Claſſ. 2. Reſp. 9. p. 105. BOEHMER de Diverſo jure pignoris & hypothecæ Cap I. §. 16.

(b) Herr von HONTHEIM Hiſtor. Trevir. Tom. I. p. 713.

(c) Origines Guelficæ Tom. IV. in præf. p. 41. 42.

(d) LUNIGS Reichsarchiv Tom. VIII. p. 54. 55.

(e) Ibid

(e) Ibid. Tom. IX. p. 1016.

(f) B. von SENCKENBERG in primis lineis Juris feudalis §. 272. 283.

(g) LUDOLF Symph. Vol. II. in Supplementis Documentorum p. 10.

§. III.

Welche Schulden die Allodial-erben zu übernehmen haben.

Was die Schulden anlanget, ſo ſchreibet LUDOLF d. l. Vol. III. pag. 1011: Sententiam eorum, qui Succeſſorem agnatum in territorio teneri ad præſtanda debita contracta ab Anteceſſore agnato a Collegio Camerali unquam & ſimpliciter receptam eſſe non invenio, ſed potius contrarium. Wenn Allodial-Erben vorhanden, ſo läßet man dieſen das Erbe nicht frey hinnehmen, und nöthiget die Lehnsfolger alle Schulden ohne Unterſchied zu bezahlen. Es lehret Herr MOSER d. l. Part. XXIV. pag. 189. „daß wenn die Allodial und Feudalerbſchaft verſchiedenen zu Theil worden, die Allodialerben zu Bezahlung der Schulden concurriren müſſen, und es auch in Anſehung ihrer heiſſe: Hereditas non datur, niſi deducto ære alieno;„ Imgleichen daſelbſt p. 190. „daß nur wenn die Schuld dem Lande oder Succeſſori zum Beſten gemacht, oder doch die Abſicht darauf gangen, ſie ſich der Landes-Succeſſor anrechnen laſſen müſſe.„ Es will auch LUDEWIG in den gelehrten Anzeigen Part. III. p. 496. 497. behaupten, „daß wenn gleich ein dem Lehnsfolger nicht zu Theil werdendes Allodium fürhanden, dieſer dennoch die mit Conſens der Landſchaft, auch zum Schutz des Landes gemachte Schulden ſamt den rückſtändigen Salariis der Bedienten, nicht nur abtragen, ſondern auch, was bey auſſerordentlichen Ausgaben in Anlegung koſtbarer Gebäude, oder ſonſt in perpetuam reipublicæ utilitatem angewendet, denen Allodialerben vergüten muſte, weil die Cammerintraden nur zu ordentlichen Ausgaben vornehmlich gewidmet wären.„ Es kömmt jedoch, was den Landſchaftlichen Conſens anlanget, darauf an, wie derſelbe lautet. Hat die Landſchaft eine Cammerſchuld übernommen, ſo iſt das Landesherrliche Allodium allerdings davon befreyet. Iſt aber der Conſens nur ertheilet um den Fürſten Credit zu verſchaffen, alsdenn haften die Stände blos in ſubſidium, und ſie können den Nachfolger im Regiment durch ihre Einwilligung nicht verbinden, Schulden zu bezahlen, die billig aus dem Fürſtl. Allodio abgetragen werden ſolten.

Die Cammerintraden ſind keinesweges nur zu den ordentlichen Ausgaben gewidmet, ſondern es muß alles, was zur Erhaltung des Staats nöthig, daraus genommen werden, ſo weit ſie hinreichen (a), und ein Regent kan nicht ſeine Cammer bereichern, und die Kriegescaſſe zum Schaden der Nachkommen mit Schulden beſchweren.

Die Bezahlung der Salarien, als eine ordentliche Ausgabe, muß aus der Cammer erfolgen, daher, wenn der verſtorbene Fürſt ein Allodium hinterläſſet, die rückſtändige aus ſelbigen, und nur in ſubſidium von dem Nachfolger im Regiment zu berichtigen ſind.

Iſt ohne Schuldigkeit eine anſehnliche Verbeſſerung zu deſſen Beſten geſchehen, ſo hat er die zu ſolchem Behuf gemachte Schulden allerdings zu übernehmen, auch den Allodialerben das darauf gewandte zu vergüten.

Man muß, wie auch bereits oben §. I. geſaget worden, im Zweifel dafür halten, daß angeliehene Gelder wohl verwendet ſind, weil für den Regenten die Vermuthung waltet, daß er ſeine Pflichten beobachtet, und kein Verſchwender geweſen. Daher die Gläubiger mit dem Beweiſe der Verſion zu verſchonen. Billig aber muthet man ihn denjenigen an, welche behaupten wollen, daß mit ihrem Gelde des Landes perpetua utilitas befordert ſey, und ſolches alſo von reichen Allodialerben nicht abgetragen werden dürfe, maaßen dieſes keineswegen zu vermuthen, wenn gleich es der Schuldner vorgegeben hat. Wäre das bloße Vorgeben des regierenden Herren hinlänglich, ſeine Nachfolger mit einer Schuld zu beladen, ſo beſchwerte man ſie mit allen Schulden, weil die Gläubiger gemeiniglich darauf beſtehen, daß dergleichen Bekentniſſe in die Verſchreibungen geſetzet werden, auch der Landesherr ſeine Convenienz dabey findet, daß es geſchehe (b). Da ſie dem Confitenti zum Beſten, und andern zum Nachtheil gereichen, ſo können dieſelbe unmöglich einen hinlänglichen Beweis machen, ſondern die Verſio in rem Principatus muß beſſer dargethan werden (c).

(a) Meine Obſervationes Juris & Hiſtoriæ Germ. Obſ. IV. §. 12.

(b) Is cui libera facultas de bonis diſponendi haud competit, in fraudem legis cenſetur aſſerere ea, ſine quibus actus expediri nequit. STRYCK de Benemeritis Cap. 4. n. 76.

(c) COCCEJUS Vol. I. Reſp. 40. n. 29. 30. 31.

II. Bedenken.

In welchen Fällen die Glieder einer Gemeinde für dieſelbe zeugen können.

§. I.

Eine Stadt kann ſich in den über

Die Rechte laſſen niemand zum Zeugniß in ſeiner eigenen Sache. Es heißt in Lib. 10. C. de teſtibus: Omnibus in re propria dicendi teſtimonii facultatem

tatem jura ſubmoverunt. Was Res propria iſt, beſtimmet der Lib. I. §. 11. ff. quando appellandum &c. alſo: Palam eſt eam eſſe propriam cauſam, cujus emolumentum vel damnum ad aliquem ſuo nomine pertinet. Ein Mitglied der Gemeinde kan daher alsdenn kein Zeugniß für dieſelbe ablegen, wenn der Gewinſt oder Verluſt der Sache ihm Vortheil oder Schaden bringet. Iſt aber eine Stadt über Gerechtſame und Güter in Proceß befangen, woran jeder Bürger insbeſondere eigentlich keinen Theil hat, mithin es nicht empfindet, wenn ſie der Obrigkeit abgeſprochen werden, ſo mag ſich dieſelbe ſeiner, als eines Zeugen bedienen (a). Zwar wirft LEYSER Spec. 238. Med. 10. dawider folgendes ein: Ego nullam univerſitatis cauſam mente concipere poſſum, ex qua non aliquod privatum in ſingula membra emolumentum redundet. Videlicet emolumentum, quod quis ex cauſa ſperat, non pecuniarium ſemper eſſe, concedo facile. Hoc vero ad id, ut cauſa alicujus propria dicatur, neceſſarium non eſt. Poterit alicujus etiam ex capite honoris, commoditatis, jucunditatis intereſſe, etſi patrimonio ejus nihil inde accedat. Was kan es aber einem Bürger für Ehre, Nutzen, Gemächlichkeit oder Vergnügen bringen, wenn die Stadt ein Cämmereygut erſtreitet, deſſen ſie nicht bedarf, um die gemeine Ausgaben ohne der Bürgerſchaft Zuſchuß herbey ſchaffen zu können? Nur wenn dieſer Beſchwerden der Verluſt eines Proceſſes mehret, ſo ſind keine Zeugen aus der Gemeinde zuzulaſſen (b). Daß ein Bürger der Stadt mehr Gutes gönnet als deren Gegner, machet ihn nicht verwerflich. Wo wollte man tüchtige Zeugen finden, wenn von ſelbigen erfordert würde, daß ſie gegen den Zeugenführer ganz gleichgültig geſinnet ſind? Nur eine genaue Freundſchaft mit ſelbigen mindert deſſen Glauben (c), und hält mit Grunde MEVIUS Part II. Dec. 6. n. 6. dafür, modicam affectionem non excludere a teſtimonio. Wenn die Zeugen in den Interrogatoriis generalibus befraget werden: Ob ſie einem Theil günſtiger ſind als dem andern? ſo will man einen Umſtand erforſchen, der ihren Glauben nur bey gewiſſen Umſtänden mindert, wenn nemlich eine große Freundſchaft und paßionirte Zuneigung ſich aus der Antwort ergiebet.

die Cämmereygüter entſtandenen Streitigkeiten des Zeugniſſes ihrer Bürger bedienen.

(a) Cap. 6. X. de Teſtibus. Gonzalez TELLEZ ad d. Cap. n. 7.

(b) MENOCH de A. I. Q. Caſ. 106. n. 15. Gonzalez TELLEZ d. l. ZAHN de Municipiis Cap. 79. n. 7.

(c) FARINACIUS de Teſtibus Qu. 55. num. 238. WERNHER Tom. III. Part. II. Obſ. 292.

§. II.

§. II.

Ein Mitglied der Gemeinde mag in Hud und Weideſachen für dieſelbe zeugen wenn es kein Vieh hält.

Ein Mitglied der Gemeinde, welches kein Vieh hält, iſt alſo ein untadelhafter Zeuge, wenn über Hud und Weide Streit entſtehet, weil deſſen Ausgang ſeine Umſtände nicht im mindeſten verändert (a). Nach der Hildesheimiſchen Policeyordnung Art. 90. ſoll ein Köther, der unter 5 Morgen Landes hat, kein Pferd, und wer unter 6 Morgen Acker beſitzet, keine Kuh auf die gemeine Weide bringen. Ein ſolcher nimt an der Weidegerechtigkeit überall keinen Theil, und wird daher billig zum Zeugniß gelaſſen. Eben dieſe Bewandniß hat es mit vielen armen Bürgern, die bey andern wohnen, vom Taglohn leben, und kein Vieh unterhalten können. Unterlieſſe aber jemand ſolches ſeiner dermaligen Convenienz nach, und es fehlte ihm weder am Recht, noch am Vermögen die gemeine Weide künftig mit zu genieſſen, ſo gehet ſelbigen der Proceß, welcher darüber geführet wird, mit an, und kann daher für die Gemeinde nicht zeugen.

(a) HARPPRECHT Vol. nov. Conſ. 82. n. 24.

§. III.

Auch ein kleiner zu erwartender Vorteil oder Schaden machet ein ſolches Mitglied zum verwerflichen Zeugen.

Die Ausnahmen von der Regul, daß ein Mitglied der Gemeinde für dieſelbe kein Zeugniß geben könne, welche manche Rechtsgelehrte machen, heben dieſelbe faſt auf. Sie ſoll erſtlich keinen Platz finden, wenn das Objectum litis nicht ſehr wichtig iſt, und z. E. ein kleiner Wald ſtreitig gemachet wird, weil nicht zu vermuthen, daß geringen Gewinſtes halber falſche Eide geſchworen werden (a). Allein die tägliche Erfahrung lehret, mit welcher Heftigkeit die Menſchen, inſonderheit aber Bauersleute, ein geringes Stück Landes zu erlangen ſuchen, und wie eifrig ſie ſich der mindeſten Schmälerung ihrer Hud und Weide widerſetzen. Hie wagen alles daran, um keinen neuen Anbau in den Heiden geſchehen zu laſſen, wenn ſelbige gleich ſo groß ſind, daß es demohngeachtet ihrem Vieh an Unterhalt nicht fehlet. Die in §. I. angeführte Geſetze verordnen, daß niemand in re propria zum Zeuniſſe gelaſſen werden ſoll, und machen keinen Unterſchied, ob über eine Sache von großem oder geringem Werth geſtritten wird. Ich kann daher dieſe erſte Einſchränkung der Regul nicht billigen, welche auch 1732. die Helmſtädtiſche Juriſtenfacultät in Sachen von Steinberg, wider die Stadt Bockenem verworfen, und erkand hat, „ daß Teſtes de univerſitate für tüchtig nicht zu achten, ohne zu diſtinguiren, ob das Intereſſe der Zeugen geringe, und num veritas per alios teſtes haberi non poſſit.„ Imgleichen ſind von der Königl. Hannöverſchen Juſtitzcanzley am 11. May 1758 in Sachen der Gemeinde zu Barbis, wider das Königl Forſtamt zu Clausthal in puncto der Pferdehude

dehudelin der Lauterberger Forſt die zu Zeugen denominirte Ackerleute aus der klagenden Gemeinde nebſt denen 3 erſten Additional-Zeugen, ſo gleichfalls Eingeſeſſene zu Barbis waren, zu Ablegung des Zeugniſſes nicht gelaſſen.

(a) Harpprecht Vol. d. l. Conſ. 82. n. 28.

§. IV.

Die Mängel der Zeugen aus der Gemeinde werden durch ihre große Anzahl nicht erſetzt.

Ebenwenig pflichte ich der zweyten Einſchränkung bey, vermöge welcher die Mängel der Zeugen aus der Gemeinde ihre große Anzahl erſetzen ſoll (a). Besold Conſ. 246. n. 83. führet zu deren Vertheidigung an: Si credendum eſt uni juramentum ſuppletorium præſtari volenti, magis credendum eſt pluribus, qui jam juratum teſtimonium præbuerunt, cum utrinque ex æquo affectus erga proprium commodum & cauſam militare videatur. Wer läſſet doch aber die Parthey zum Erfüllungseide, bevor ſie das Probandum ſemiplene erwieſen hat? Ein Zeuge der ſelbſt keinen Glauben verdienet, kann ihn einem andern von gleicher Gattung ſo wenig beylegen (b), als ein Beweisgrund, der vor ſich nichts erweiſet, durch die Verknüpfung mit anderen, ſo von gleicher Beſchaffenheit ſind, Kraft bekömmt, ſondern viele Beweiſe ſo einzeln genommen, einen oder den andern Umſtand darthun, machen nur zuſammen genommen einen hohen Grad der Wahrſcheinlichkeit aus (c).

(a) Lyncker Vol. I. Reſp. 184. n. 27. 28.

(b) Muller ad Struv. Ex. 28. lit. γγ. p. 262. Heineccius de Lubricitate jurisjurandi ſuppletorii §. 22.

(c) Herr Hollmanns Gedanken von der Beſchaffenheit der menſchlichen Erkenntniß pag. 160. 164.

§. V.

Noch ſind dieſelbe zum Zeugniß zuzulaſſen, wenn es an Beweisthümern fehlet.

Es ſollen drittens Zeugen aus der Gemeinde zuzulaſſen ſeyn, wennn keine andere Beweisthümer zu haben (a). Dieſes verſtatten einige nur, dafern dasjenige, ſo dargethan werden ſoll, dergeſtalt beſchoffen iſt, daß ein anderer davon nicht wol Wiſſenſchaft erlangen können, weil es ſonſt einer Gemeinde nimmer an Zeugen fehlen würde, und der Gegner eben alsdenn auf ihr Gewiſſen es müſte ankommen laſſen, wann ſie, ihr Vorgeben glaublich zu machen, ganz auſſer Stande iſt. Wider dieſe Limitation wirft Leyser Spec. 283. Med. 12. tin, Lib. 7. de Teſtibus jubere ſervi reſponſo tunc credi ſimpliciter, quum alia probatio ad eruendam veritatem non eſt. Solches hat ſeine Richtigkeit. Aber der Schluß a domeſtico ad membrum univerſitatis (welchen auch Leyser nicht

machet) iſt unrichtig, und verdienet vielmehr ein Knecht in ſeines Herrn Sachen, als ein Bauer in ſeiner eigenen Sache Glauben. Ich finde es daher bedenklich zu ſeyn, wenn keine andere Zeugen vorhanden, Membra univerſitatis in derſelben Rechtshändeln Zeugniß geben zu laſſen, und die JCti Helmſtadienſes pflichten mir hierin bey, wie im §. III. bereits geſaget worden (b). Ich mache auch keine Ausnahme von der Regul, wenn das Probandum nur Glieder der Gemeinde wiſſen können. Denn da man ſolchenfalls andere ſtreitende Partheyen in ihren eigenen Sachen nicht zeugen läſſet, ſo müſſen auch die Glieder einer Gemeinde von den Zeugniß in propria cauſa ausgeſchloſſen werden, weil weder ein Textus noch Ratio juris das Gegentheil erweiſet.

(a) LYNCKER Vol. I. Reſp. 113. n. 62.

(b) JCti Tubingenſes Tom. II. Conſ. 130. n. 32.

III. Bedenken.

Von Sattel-Höfen.

In den Obſervationibus Juris & Hiſtoriæ Germanicæ Obſerv. 10. §. 3. habe ich bemerket, daß nicht alle Sattelhöfe, wenigſtens in Niederſachſen, der adelichen Freyheit genieſſen. Dieſes beſtärket folgende Urtel: „In Sachen der reſp. Gebrüder und Vettern von Minnigerode Klägere an einem, entgegen und wider das Amt Saltzderhelden Beklagte am andern Theil erkennen Königl. Großbrit. zur Churfürſtl. Braunſchw. Lüneb. Juſtitzcanzley verordnete Director und Räthe hiemit vor Recht: Demnach Klägere die angegebene Rittermäßige Freyheit ihres Sattelhofes zu Saltzderhelden rechtlicher Gebühr nicht beygebracht, geſtalt dann auch dergleichen Sattelhöfe, ſo nicht zu Landtage gefordert werden, keiner ſolchen Freyheit regulariter fähig ſind, daß derohalben der Sattelhof qu. der Amtsjurisdiction ſo lange unterwürfig zu achten, und deſſen Befehlen und Verordnungen gebührende Folge zu leiſten ſchuldig, bis Klägere ein anderes entweder in poſſeſſorio ordinario oder petitorio, wie ſich zu Recht gebühret, erwieſen, geſtalt wir den benandten Sattelhof der Amtsjurisdiction bis dahin ſubjeſt erkennen. V. R. W. Publicatum Hannover den 9. Novemb. 1716. Die Erfahrung hat mich gelehret, daß die Sattelhöfe, welche verafterlehnet oder vermeyert werden, oder doch ehemals geweſen, die gemeine Laſten tragen, und nur von dem wöchentlichen Herrendienſt befreyet ſind, den des Adels Meyer den Landesfürſtlichen Aemtern zu leiſten pflegen, diejenige aber, welche der Adel ſelbſt unterm Pfluge hat, der völligen adelichen Freyheit genieſſen,

ſen, und denen Rittermatriculn einverleibet ſind. Der Herr Cammergerichts-Aſſeſſor B. von CRAMER wirfet in ſeinen Wetzlariſchen Nebenſtunden *Part. VI. Pag.* 144. 145. dawider ein, ein adeliches Guth bleibe frey, ob wohl ein Meyer darauf geſetzet worden. Freye Meyer Höfe oder freye Sattelhöfe wären mit Kothhöfen oder Bauergüthern nicht zu confundiren. Dieſe gehörten den Bauren eigenthümlich zu. Es ſey contra naturam die Schatzung von einem freyen adelichen Guth, welches ein Bauer, als Pachter bewohnet, zu exigiren.

Nun zweifele ich keinesweges, daß wenn heutiges Tages ein Edelmann ſein freyes Guth an Bauren verpachtet, ſolches dadurch die adeliche Freyheit nicht verlieret, ſondern ich halte nur dafür, daß die zur Zeit der eingeführten Schatzung dem Bauren pacht- oder meyersweiſe eingethane Güter des Adels ſteuerbar gemachet, und diejenige bey der alten Freyheit gelaſſen worden, welche der Edelmann damahls ſelbſt cultivirte. Wenn man dieſes nicht als richtig vorausſetzet, ſo beſtehet der gröſte Theil Niederſachſens, und beſonders des Stifts Hildesheim in ſteuerfreyen Aeckern. Denn die mehreſte adeliche Güter ſind daſelbſt Lehne, und die zu denſelben gehörige Baurengüter, werden in den Lehnbriefen nahmhaft gemachet. Herr Ober-Appellationsrath PUFENDORF Part. III. Obſ. 39. pflichtet meiner Meynung alſo bey: In Ducatu & Calenbergico & Luneburgico (auch im Stift Hildesheim) ſeculo adhuc XVI. obſervatum eſt, ut non alia prædia nobilia haberentur, quam quæ nobiles ipſi colerent. Plane, niſi hoc admittatur, bona quoque colonaria & villicalia omnia litteris inveſtituræ nobilium deſcripta immunia, & â jurisdictione & â tributis forent. Auch bezeuget der Cammer-Gerichtsaſſeſſor von LUDOLF Obſ. for. 314 Bona Nobilium & Cleri contributionibus ordinariis eſſe exemta, quatiescunque ipſe Dominus ea adminiſtrat, atque per homines domeſticos culturam exercet. Meyerhöfe ſind in hieſigen Landen, auch im Stift Hildesheim nimmer frey, es wäre ihnen denn die Freyheit durch Landesfürſtliche Conceſſiones ertheilet.

IV. Bedenken.

Ob ein Guthsherr von des verſtorbenen Meyers Kindern einen nach Willkühr mit dem Gut bemeyern könne?

Das Kayſerl. Cammergericht hat 1748 erkand, daß ein Gutsherr nicht befugt ſey, einen von des Meyers Kindern nach Willkühr mit dem Guth zu bemeyern, und zwar hauptſächlich deswegen, weil nachdem zum gemeinen Beſten das Erbmeyer-Recht eingeführet worden, zu vermuthen ſey, daß man

den nach jeden Orts Gewohnheit und Rechten üblichen Ordinem ſuccedendi beybehalten habe, und das gutsherrliche Jus eligendi ſingulare, mithin von demjenigen, der es ſich anmaßet, zu erweiſen wäre (a). Wenn man blos das Weſen des Geſchäfts betrachtet, ſo halte ich dieſe Gründe für ſehr bündig. Kein Guthsherr kan ſich ein mehres Recht anmaßen, als ein bloßer Verpächter. Wenn dieſer den Erben des Pächters die Pacht auf gewiſſe Jahre laſſen muß, ſo mögen ſie ſich darüber vereinigen, welchergeſtalt das gepachtete Guth zu nutzen, wenn es gleich untheilbar iſt, und der Verpächter kan aus mehren Kindern nicht einen derſelben mit der andern Widerſpruch zum Pächter benennen.

Geſetzt aber, dem Guthsherrn käme in einem Lande dieſe Befugniß zu, ſo iſt doch ſolche auf den Fall einzuſchränken, wenn mehre Erben um das Meyerrecht anſuchen. Der Herr Ober-Appellationsrath PUFENDORF ſchreibet Part. III. Obſ. 182. von den Calenbergiſchen Guthsherren: Sin inter ſe convenire liberi nequeunt, merito penes dominum electio erit, ejusque arbitrio unus villicationi præficitur. Als demnach demjenigen Kinde, welches den Meyerhof beſaß, keines der übrigen, ſondern nur der Guthsherr das Meyerrecht ſtreitig machte, gleichwol ſelbiger deſſen Untüchtigkeit, dem Gut vorzuſtehen, nicht erwieſen hatte, ſo iſt der Beſitzer von der Königl. Hannöverſchen Juſtitzcanzley 1758 dabey geſchützet.

(a) B. v. CRAMER Wetzlariſche Nebenſtunden Part. VII. p. 162.

V. Bedenken.

Die gemeine Rechte theilen keinem Edelmann das Beneficium Competentiæ mit, und die Calenbergiſche Landesgeſetze nur den Lehnleuten, welche Ritterdienſte zu leiſten ſchuldig ſind.

§. 1.

Gründe des Beneficii competentiæ.

Nach den natürlichen Rechten und der Billigkeit muß ein jeder ſeine Gläubiger bezahlen, ohne ihnen etwas abzukürzen, wenn auch dem Schuldner kein Heller übrig bleibet. Niemand tadelt ſolches, dafern dieſer das Seinige verpraſſet, durch Faulheit verlohren, oder um reich zu werden, gleichſam auf das Spiel geſetzet, und zu viel gewäget hat. Rühren die Schulden von den Vorfahren her, ſo iſt der Schuldner immer arm geweſen, und kan nicht begehren, daß andere einen Theil des Ihrigen hergeben ſollen, damit ſeine Umſtände verbeſſert werden.

Es

Es ſind jedoch gewiſſe Fälle, in welchen der Geſetzgeber Ausnahmen von der Regul zu machen, und zu behindern Urſach hat, daß ein in Verfall gerathener gänzlich zu Grunde gehe. Wenn nemlich 1) der Gläubiger ſeinen Schuldner zu ernähren ſchuldig iſt, wie z. E. ein Sohn ſeinen Vater, ſo wäre es unvernünftig, jenem zu erlauben, dieſem ſein ganzes Vermögen zu entziehen, weil er ihm doch ſo viel wiedergeben müſte, als zu ſeinem Unterhalt nothwendig. Es iſt 2) die ſchändlichſte Undankbarkeit, eine Schuld, die aus Freygebigkeit herrühret, dergeſtalt beyzutreiben, daß der Wohlthäter dadurch in die bitterſte Armuth geräth, welches die Römer billig nicht verſtatteten, und noch in mehren Fällen erforderten, daß dem Schuldner nöthiger Lebensunterhalt gelaſſen werde, weil ſeine genaue Verbindung mit dem Gläubiger, oder jenes betrübte Umſtände ihnen die äuſſerſte Schärfe nicht zu verſtatten ſchienen (a). Endlich 3) kann das gemeine Weſen unmöglich beſtehen, wenn man denjenigen, die ſelbiges vertheidigen ſollen, nicht ſo viel läſſet, als zu ihrem Unterhalt nöthig iſt. Deswegen heiſſet es in Lib. 6. 18. ff. de Re judicata: Miles, qui ſub armata militia ſtipendia meruit, condemnatus eatenus, qua facere poteſt, cogitur ſolvere.

(a) L. 19. §. 1. L. 21. 22. 30. de Re judicata. L. 28. de Regulis Juris.

§. 11.

Bey unſern heutigen Lehnleuten fallen ſie hinweg.

Dieſes Vorrecht der Soldaten legen auch einige unſern Edelleuten bey, obwol die Urſach, worauf es ſich gründet, bey ihnen keine Zueignung findet (a). Denn der Edelmann, als Edelmann, iſt nicht mehr wie andere Unterthanen das Land wider feindliche Einfälle zu vertheidigen ſchuldig, noch thut er es gemeiniglich. Den Beſitzern der Ritterlehne, ſie ſeyn Adeliche oder Unadeliche, lieget zwar ſolches ob. Die Lehndienſte ſind aber heutiges Tages von ſo geringem Nutzen, daß ſie daher überaus ſelten gefordert werden, und alſo fällt die Urſach hinweg, weswegen man für Zeiten den Lehnmann, mehr als andere Unterthanen, im Stande zu erhalten ſuchen muſte.

(a) LAUTERBACH de Beneficio competentiæ §. 34. PUFENDORF in Proc. civ. pag. 805. LEYSER Spec. 664. Med. 34. STRECKER de Beneficio competentiæ nobilibus non competente §. 23.

§. III.

Dennoch aber genieſſen ſie dieſes Beneficii bey gewiſſen Umſtänden.

Dem ohngeachtet aber theilen ihm an einigen Orten die Landes Conſtitutiones oder das Herkommen, das Beneficium competentiæ mit. Wie oft findet man nicht in jure, daß die Concluſiones beybehalten worden, obgleich die Ratio ceßiret, ſchreibet der Herr Cammergerichts-Aſſeſſor B. von CRAMER in den Wetzlariſchen Nebenſtunden *Part. VIII. p.* 129. Die Calenbergiſche Canzleyordnung *tit.* 36. §. 16. will, „daß demjenigen (Lehnmann) ſo die Schulden ſelber nicht gemachet, ſondern ihm angeerbet ſeyn, ſo viel gelaſſen, oder mit Zuziehung der vornehmſten und nächſtgeſeſſenen Creditoren, nach Gelegenheit der Güther und Perſonen, wie ſolches das Beneficium competentiæ erfordert, verordnet werde, damit er ſeine nöthige Alimenta behalten, und die gewöhnliche Lehndienſte davon abſtatten könne. „Sie redet alſo 1) von Lehnleuten, welche Lehndienſte leiſten müſſen, und nicht von Edelleuten, deren Vermögen in Erbgütern beſtehet. Schlieſſet auch die unadeliche Beſitzer adelicher Lehngüter nicht aus. Der Endzweck iſt 2) die Erhaltung eines rechtſchaffenen Lehnmannes. Wenn aber ſelbiger unverſchuldete Güter gefunden, und dennoch in tiefe Schulden gerathen, ſo iſt zu vermuthen, daß er übel gewirthſchaftet hat, und alſo ſeine Erhaltung ſchwerlich zu bewirken ſey, noch er dem Vaterlande Nutzen ſchaffen werde, welchenfalls es beſſer, den Lehndienſt durch einen von den Gläubigern auszumachenden Subſtitutum verrichten zu laſſen, und daher gebühret einem ſolchen das Beneficium competentiæ nicht.

VI. Bedenken.

Auch des in Verfall gerathenen Lehnmanns Kindern ſind bey deſſen Lebzeiten Alimenta zu reichen, nicht aber nach ſeinem Tode, wenn nicht das Lehn auf ſie vererbfället worden.

Die Gläubiger haben vielfältig Urſach, was zur Erziehung und dem Unterhalt der Kinder des Cridarii nöthig iſt, zu verwilligen, weil von deren Leben der ihnen angedeihende Genuß des Lehns, woraus ſie ihre Bezahlung zu erwarten haben, abzuhängen pfleget. Der Richter kan ſie aber nicht zwingen, um einen künftigen beſorglichen Schaden vielleicht abzuwenden, ſich eines gegenwärtigen Vortheils zu begeben, gleichwie ihnen auch keinesweges aufzuerlegen, dem Schuldner eine gröſſere Competentz zu verwilligen, damit er heyrathen und Söhne zeugen könne, welche ihres Vaters Schulden bezahlen müſſen. Es misbilliget MEVIUS in Diſcuſſ. levam. inop. debitorum Cap. 4. S. 7 n. 24.

die

die Extenſion des Beneficii competentiæ ad miniſtros & familiam cridarii, quia nec textus juris, nec ratio aliqua juſta ulterius debitoribus ultra quam ut victum & amictum habeant proſpicit. BERGER in ſuppl. ad E. D. F. P. II. pag. 656. lehret auch, Beneficium competentiæ, dum vivit pater, ad ejusdem liberos minime proferri, in cauſa ſc. patris ejusdemque bonis, und das Sächſiſche Appellationsgericht hat 1708 denen Liberis nobilium, vivo patre, ſolches verſaget (a). Die communior opinio billiget ihnen aber Alimenta zu. Dieſe iſt in den Chur-Braunſchweigiſchen Landen angenommen, und hat das Königl. Ober-Appellationsgericht am 5ten Julii 1758 einem in Krieges Dienſte tretenden Sohn eines Vaſallen zu ſeiner nöthigen Equipage 400 Rthlr. ex maſſa der im Concurs befangenen Güter zuerkand. Mit des Cridarii Leben nimmt aber das Beneficium competentiæ ein Ende, und alſo gebühren vermöge deſſelben denen hinterlaſſenen Kindern keine Alimenta, wohl aber denen Söhnen, auf welche das Lehn vererbfället wird, weil dieſelben gleiches Recht mit ihrem verſtorbenen Vater haben (b), wenn ſie ſich ſonſt nicht ernehren können.

(a) LEYSER Spec. 664. med. 35.

(b) MANZIUS in Patrocinio debitorum calamitate publica de pauperatorum Decad. 3. qu. 10. n. 38. BERGER d. l.

VII. Bedenken.

In welchen Fällen Salaria und Gnaden-Penſiones Objecta executionis ſind?

§. I.

Wenn die Entziehung des Salarii jemanden das Vermögen benimmt, die ſchuldige Dienſte zu leiſten, ſo ſetzet ſich wider eine ſolche Execution derjenige mit Fug, dem ſie gebühren (a), und deswegen darf in den Chur Braunſchweigiſchen Landen auf Beſoldungen ohne des Landesherrn Specialbefehl von keinem Juſtitz Collegio einiger Arreſt oder Execution verhänget werden (b). Die Königl. Landes Regierung muß nemlich zuvorderſt unterſuchen, ob dem gemeinen Weſen dadurch ein Nachtheil verurſachet wird, welches den Richtern nicht immer bekand ſeyn kann. Zum Nachtheil des Herren muſſen ſeiner Bedienten Gläubiger mit ihren Salariis nicht vergnügt werden.

Nach den Römiſchen Rechten mag man ſich in ſubſidium an den Beſoldungen erholen, wenn keine andere Objecta executionis fürhanden ſind. Denn es heiſſet in L. 4. C. de Executione rei judicatæ: Stipendia retinere propterea, quod Nach den Römiſchen Rechten nur alsdenn,

con-

wenn andere Obiecta Executionis mangeln. condemnatus es, non patietur Præſes Provinciæ, cum rem judicatam poſſit aliis rationibus exequi (c).

(a) LEYSER Spec. 476. med. 4.

(b) Declaration vom 29. Oct. 1719 in denen Chur-Braunſchweigiſchen Landes-Ordnungen Cap. 2. p. 590.

(c) MENOCH de A. I. Q. caſ. 378. n. 11. COELER de Proceſſu executivo Part. II. Cap. 3. n. 145. CARPZOV Part I. Conſt. 29. def. 23. GONZALEZ TELLEZ ad Cap. 2. X. de fidejuſſoribus n. 10. WISSENBACH ad L. 4. C. de Executione rei judicatæ.

§. II.

Dem Schuldner muß ſo viel gelaſſen werden, daß er ohne Schande ſeine Dienſte verrichten kan.

Denen Bedienten muß aber nöthiger Unterhalt verbleiben. Es hält LEYSER Spec. 476. med. 2. dafür, non eſſe neceſſe, ut ſtipendiatus per executionem a ſuo munere officio ex toto ſubmoveatur, cum attribuat reſpublica militibus eminentioribus ſtipendia, non ut vitam quomodocunque tranſignant, ſed ut cum honore & dignitate ſerviant. Wenn er damit ſagen will, es müſſe einem Bedienten ſo viel gelaſſen werden, daß er ohne Schande dienen könne, ſo pflichte ich ihm bey. Sonſt aber iſt dem gemeinen Weſen nicht ſo viel daran gelegen, daß ein ſolcher Ueberfluß habe, und groß thue; als daß ſeine Gläubiger, welches gemeiniglich Unterthanen ſind, daß Ihre behalten, und nicht wohl gar an den Bettelſtab gebracht werden, weil ſie das zum prächtigen Aufwand Erforderliche gutgläubig hergegeben. Die Bediente kommen um allen Credit, wenn man ihre Gläubiger hülflos läſſet. Selbſt LEYSER in Diſſ. de Beneficio competentiæ quousque nobilibus competat §. 20. billiget die Lehre des Salgado, ſubveniendum eſſe debitoribus juxta indigentiam duntaxat, pro vitæ ſuſtentatione, ne egeant aut pereant. Einem General iſt zwar mehr zu zubilligen, als einem geringern Befehlshaber, jedoch nicht ſo viel, daß er es andern von ſeinem Rang in allem gleich thun könne.

§. III.

Ob einem Gläubiger der Genuß ſeines Schuldners Gnadenpenſion zuerkandt

Mag aber ein Gläubiger ſich mit des Schuldners Gnadenpenſion bezahlet machen? Ich zweifele daran nicht, und hat das Königliche Ober-Appellationsgericht in Sachen Meyer wider Müller am 15. Febr. 1760 erkant, „daß eine Gnadenpenſion an und für ſich unter die Güter des Debitoris zu rechnen, welche ſeine hypothecariſche Gläubiger zu verfolgen befugt ſind.„ Selbige werden gemeinig-

meiniglich alten Bedienten oder deren Wittwen zur Belohnung geleiſteter Dienſte gewidmet, ohne darauf zu achten, ob derjenige, welcher ſie empfänget, ſonſt zu leben hat, oder nicht, und ſolchenfalls ſind es keine Alimentgelder. Auch mit denjenigen, ſo zu jemands nöthigen Unterhalt gewidmet iſt, werden ſeine Gläubiger billig vergnüget, es wäre denn, daß nicht ihm, ſondern ſeiner armen Frau und Kindern zum Beſten eine ſolche Gnadenpenſion verwilliget, oder auch ausdrücklich dabey bedungen worden, daß ein Verſchwender, den man nicht an den Bettelſtab gebracht wiſſen, und deswegen Creditlos machen will, unbefugt ſeyn ſolle, ſie mit Schulden zu beſchweren (a). werden möge.

(a) SALGADO in Labyr. concurſus creditorum Part I. Cap. 26. n. 44. 45.

VIII. Bedenken.

Die Verjährung eines dritten Beſitzers entkräftet es nicht, daß ſein Vorfahr eine fremde Sache wider beſſer Wiſſen verkaufet hat.

§. I.

Das Cloſter Frankenberg in Goslar hat am 12. Auguſt 1661 dem im Herzogthum Braunſchweig belegenen Cloſter Claus, gegen die Ceßion eines Capitals von 3000 Reichsthaler den halben Zehenden vor Bockenem Stifts Hildesheim mit folgenden Worten übertragen: „So haben wir auch dagegen dem Cloſter Claus unſern für der Stadt Bockenem habenden Feld⸗Korn⸗und Flachszehenden ſamt dazu gehörigen Zehendſcheuren und Hofraum, auch aller Gerechtigkeit, nichts davon ausbeſchieden, zu ewigen Zeiten, ſeiner beſten Gelegenheit nach zu genießen, nutzen und zu gebrauchen, cediret und übergeben und abgetreten.„ Die Herren Herzoge von Braunſchweig Rudolf Auguſt und Anton Ulrich ſetzten in Gefolg ihrer Declaration vom 4. Dec. 1695 das Stift Gandersheim in den Beſitz des Cloſters Claus (a), und ſelbiges überkam auch ſolchergeſtalt den halben Bokenemſchen Zehenden. Verkaufte ihn aber 1709 für 4000 Rthl. denen Herren von Steinberg zu Bodenburg. Nach der Zeit ſoll ſich ein Brief gefunden haben, welcher ergiebet, daß dieſer Zehende 1320 von Biſchof Otten zu Hildesheim dem Cloſter Frankenberg für 130 Mark Silbers Hildesheimiſcher Währung nur wiederkauflich abgetreten worden. Solcher veranlaßete den Hildesheimiſchen Lehnsfiscal 1736 Reivindicationem wider die Herren von Steinberg anzuſtellen, und die Stadt Bockenem, welche Sr. Churfürſtl. Durchl. zu Cölln, als Biſchof zu Hildesheim, mit dieſem halben Species facti.

 Zehen-

Zehenden beliehen hatten, trate ihm bey. Steinbergiſcher Seits gründete man ſich in der Präſcription, welche 1661 ihren Anfang genommen, mithin 75 Jahr gelaufen, und hielte es für unmöglich, ſelbige zu entkräften. Dennoch aber gienge die Würzburgiſche Juriſtenfacultät darüber hin, und erkandte 1740, daß Beklagte den von der Hildesheimiſchen Lehncammer lehnrührigen Zehenden, ſalvo regreſſu & actionibus a Fiſcali ceſſis adverſus autores, abzutreten ſchuldig ſey, und zwar deswegen, weil 1) reſoluto contractu & reverſu dominio ad primum venditorem, der tertius poſſeſſor belanget werden könne, wenn das pactum verbis directis gefaſſet iſt, auch 2) Herren Beklagte in mala fide wären, weil aus dem zwiſchen den Clöſtern Frankenberg und Claus errichteten Contract erhelle, daß ihren Cedenten kein Dominium irrevocabile zugeſtanden, wie denn noch 1695 der Zehende ein Frankenbergiſcher Zehende genennet worden. Die Schwäche dieſer Gründe wurde von der Frankfurtiſchen Juriſtenfacultät wohl eingeſehen, welche in Leuterationis inſtantia 1742 erkandte, daß der Kläger Suchen wider die Gebrüdere von Steinberg nicht ſtatt habe. Als aber 1748 die Acten zum drittenmahl nach Leipzig verſand wurden, billigte die daſige Juriſtenfacultät das Würzburgiſche Urtel, und gründete ihr Erkenntniß darauf, daß 1) vermöge Contractus de 1327. der Zehende ipſo jure, wie bey dem Lege commiſſoria emtioni venditioni adjecta, hinwieder an das Stift Hildesheim zurückfallen müſſen; 2) Selbiger nicht anders, als mit dem Onere, womit ihn das Cloſter Frankenberg acquiriret hat, einem Extraneo überlaſſen werden können, und 3) bona fides der Herren Beklagten ob ſitum loci, qualitatem perſonarum contrahentium, und nach Beſchaffenheit der ſonſt einſchlagenden Umſtände ſchwerlich zu behaupten ſey. Dieſe haben ſich darauf an das Kayſerl. Cammergericht gewand, und plenos proceſſus appellatorios ausgebracht.

(a) HARENBERG Hiſt. Gandersheim. p. 1049. 1050.

§. II.

Die Verjährung iſt nur nöthig, wenn man eine Sache a non domino erhalten, und wer dieſelbe 30 Jahr bona fide beſeſſen, wird da-

Es leidet nicht den mindeſten rechtlichen Zweifel, daß, wenn Jemand eine Sache für ſein Eigenthum ausgiebet, und ſie einem Dritten, der ſeinen Worten glaubet, verkaufet, dieſer durch die Verjährung ein Recht daran erlangen könne, welches ihm der Kaufcontract mitzutheilen nicht vermogte. Die Novella 119. cap. 7. verordnet es alſo: Rurſus ſancimus, ut ſi quis mala fide rem poſſidens, aut per venditionem aut per donationem, aut aliter rem alienet: Qui vero putat eaſdem res competere ſibi, hoc agnoſcens, intra decem annos inter præſentes, & viginti inter abſentes non conteſtatus fuerit, ſecundum leges em-

torem

torem, aut donationem accipientem, aut illum ad quem res alio quolibet modo translatæ ſunt, eum qui tales res habet, firme eas habere poſt decennii, videlice inter præſentes, & vicennii inter abſentes decurſum. Si autem ignorat vetus alienatarum rerum dominus, & quia res ei competunt, & quia alienatio facta eſt, non aliter tunc excludi, niſi per tricennalem præſcriptionem, non valente dicere eo, qui res hoc modo poſſidet, quia ipſe bona fide poſſidet, quando ipſe a mala fide poſſidente hoc accepit. Wenn gleich alſo dem Cloſter Frankenberg bekand geweſen wäre, daß ihm der Zehende qu. nicht unwiederruflich zuſtünde, und das Stift Hildesheim von ſeinem Recht an ſelbigen, oder der Veräußerung nichts gewuſt hätte, ſo konte doch das bona fide mit 3000 Rthl. zum Beſitz ſolches Zehendens gekommene Cloſter Claus und deſſen Succeſſores die Herren von Steinberg durch die gehabte 75 jährige Poſſeßion ein unwiderrufliches Recht erlangen (a). Nur in dem Fall, wenn der Verkäufer non dominus iſt, bedarf man der Verjährung, und ſie ſetzet dieſen Umſtand allemal voraus (b). Die Königl. Hannöverſche Juſtitz-Canzley hat daher in Sachen Julius Wittgräven Appellanten wider Jobſt Bruns Appellaten am 21 April 1758. erkand, daß die gegen den Appellanten als einen Poſſeſſorem ſingularem der ſo genandten Herfeſt-Wieſe angeſtellete Vindications-Klage nach eingetretener Verjährung nicht ſtatt finde.

durch in völlige Sicherheit geſetzet.

(a) Carpzov Part. II. Conſt. I. def. 4. Mevius ad Jus Lubec. Part. III. Tit. 4. Art. 4. n. 11. Struv Ex. 43. §. 18. Lauterbach C. T. P. tit. de Uſurpationibus & uſucapionibus §. 28. Leyser Spec. 155. Med. 10. Ludeking de Uſucapione & præſcriptione Cap. 10. n. 26. Bruckner de Præſcriptione pignorum vel hypothecarum §. 11.

(b) Herr Meister de Errore circa titulum ejusque effectum in uſucapionibus & præſcriptionibus §. 7.

§. III.

Von dieſer Regul iſt wegen der in des Cloſters Frankenberg 1327 ausgeſtellten Reverſalen befindlichen Clauſul keine Ausnahme zu machen. Selbige lautet alſo: Tamen admittimus favorabiliter, quod decima hujusmodi omni anno Eccleſiæ Hildesheimenſi poterit licite recuperari, ſic videlicet, quod quandocunque præfatus Dominus noſter Epiſcopus Otto vel ſui Succeſſores dictas centum & triginta marcas argenti puri in pondere & valore Hildesheimenſi in feſto Walburgis Beatæ Virginis vel ante perſolverint, ipſis & Eccleſiæ Hildesheimenſi decimam eandem cum omni juris integritate liberam *remittere debebimus*, ullo exceptionis ſeu

Wenn gleich dem Verkäufer das Guth widerkäuflich zugeſtanden.

difficultatis obice non obſtante. Es iſt unnöthig allhier zu unterſuchen: Ob die Conditio reſolutiva, vermöge welcher ein Handel nichtig seyn ſoll, wenn der Käufer das gethane Verſprechen nicht erfüllet, den Verkäufer ohne wirkliche Zurückgabe zum Herrn der verkauften Sachen machet, ſo bald der Fall ſich ereignet? (a), da in dem eben angeführten Pacto ſich keine ſolche den Contract vernichtigende Verba directa finden, ſondern das Cloſter Frankenberg nur die Reſtitution verſprochen hat, mithin allhier Verba obliqua fürhanden ſind, welche ein Factum contrahentium und Reſciſſionem contractus erfordern, wozu der Käufer Actione perſonali ex vendito genöthiget werden muß (b). Wäre aber auch der Contract in Abſicht auf den Käufer nichtig, ſo hindert doch ſolches keinesweges, daß der dritte Beſitzer durch die Verjährung ſeinen Beſitz in Sicherheit ſtelle. Kan es geſchehen, wenn ſein Autor überall kein Recht hat, und von ihm mala fide andern zuſtehende Sachen verkaufet worden, warum ſolte es denn unthunlich ſeyn, wenn ſelbiger ein wiederrufliches Recht hat. Die Herren Lipſienſes halten mit gutem Grunde dafür, „ wenn gleich das Cloſter Frankenberg die Macht gehabt, ſein Recht einem Extraneo zu übertragen, ſo hätte es doch nicht anders als ſub eodem onere, ſub eadem cauſa & iisdem conditionibus, wie ſie es acquiriret, geſchehen, und ſie ein mehres Recht auf einen Tertium, als ſie gehabt, nicht transferiren können. „ Dieſe Schwierigkeit wäre unüberſteiglich, wenn man ſich nur in der Ceßion gründete. Aber alsdenn bedürften die Herrn von Steinberg keiner Verjährung, und dieſe wird obangeführtem nach, dadurch nicht entkräftet, daß ein non dominus dem Præſcribenti die Sache verkaufet hat.

Mala fides emtorum iſt weder zu vermuthen, noch erwieſen.

Alles, womit ſelbige angefochten werden wollen, iſt demnach unerheblich, auſſer der Beymeſſung einer malæ fidei. Dieſe aber geſchiehet wider alle rechtliche Vermuthung, da Præſcriptio longiſſimi temporis fürhanden iſt (c). Sie ſtehet auch mit nichts zu erweiſen, oder nur glaublich zu machen. Denn wie mag man doch ſagen, der Contract von 1661 ergebe, daß dem Cloſter Frankenberg kein Jus irrevocabile zugeſtanden, da er überall keines Juris revocabilis Meldung thut, ſondern vielmehr will, daß das Cloſter Claus den Zehenden zu ewigen Zeiten genießen ſolle, welches ein lächerliches Verſprechen wäre, wenn beyde contrahirende Theile gewuſt, daß es ein wiederkäufliches Stift-Hildesheimiſches Gut ſey. Es iſt glaublich, daß der Contract von 1327 dem Cloſter Frankenberg 1661 ſo wohl unbekand geweſen, als dem Stift Hildesheim, und daß diejenige, von welchen der Zehende damahls veräuſert worden, die alte clöſterliche Urkunden nicht alle eingeſehen haben, welches man jedoch Steinbergiſcher Seits zu

behaup-

behaupten, keine Urſach hat. Unmöglich iſt auch 1695 durch die Benennung des Frankenbergiſchen Zehendens angezeiget, daß er dieſem Cloſter annoch gehöre, da ſelbiges vor 75 Jahren ſich des daran gehabten Rechts gänzlich begeben hatte. Der Name rühret nur daher, weil er ehemals Frankenbergiſch geweſen, welches nichts ungewöhnliches. Im Stift Hildesheim nennet man noch heutiges Tages die 8 Aemter, welche ehemals Wolfenbüttelſch waren, den Wofenbüttelſchen Theil, und die 4 Aemter, ſo Calenbergiſch waren, den Calenbergiſchen Theil, obwol ſie jetzt zu den Fürſtenthümern Braunſchweig-Wolfenbüttel und Calenberg keinesweges gehören.

(a) Dieſes ziehet in Zweifel FABER in Rational. ad L. 41. ff. de Reivindicatione, ad L. 6. §. 1. de Contrahenda emtione, & ad L. 4. pr. de Lege commiſſoria, und BOEHMER de verbis directis & obliquis §. 30. 31. 32.

(b) BRUNNEMAN ad L. 3. Cod. de Pactis inter emtorem & venditorem compoſitis n. 1. 2. STRYCK de Conditionibus contractuum reſolutivis Cap. I. §. 10. 12. VOET ad ff. tit. de Lege commiſſoria §. 7.

(c) LAUTERBACH C. T. P. tit. de Uſurpationibus & uſucapionibus §. 37. BERGER O. J. Lib 2. tit. 2. §. 25. not. 1.

IX. Bedenken.

Von dem Nachlaß des Pachtgeldes, wegen des durch eine feindliche Ueberziehung den Pächtern verurſachten Schadens.

Mit den Kriegesſchaden hat es gleiche Bewandniß, als mit denen durch Mißwachs, Hagelſchlag, Mauſefraß, und andere unglückliche Begebenheiten veranlaſſeten großen Abgang der Früchte. Solcherwegen muß nemlich dem Pächter Pachtgeld erlaſſen werden. Das eigentliche Quantum beſtimmen die Rechte nicht. Nach der mehreſten Rechtslehrer Meinung wird aber der Schaden nur alsdenn für groß und unerträglich gehalten, mithin dem Pächter etwas erlaſſen, wenn er nach Abzug der Beſtellungskoſten den halben Theil der verſprochenen Pachtgelder aus den Nutzungen des Guts nicht erheben können (a). Sind ſolchemnach 100 Rthl. Pachtgeld ausgelobet, und der Pächter hat nur 40 Rthl. erhoben, ſo zahlet er dieſe dem Verpächter, und ihm werden 60 Rthl. nachgelaſſen (b). Solche Lehre iſt zwar mit dem L. 2. Cod. de Reſc. vendit. nicht zu behaupten (c). Sie hat jedoch aber ſonſt einen guten Grund. Ver-

möge ſelbiger bleibet der Pächter ſchadlos, welcher nur ausgiebet, was er empfangen hat. Es heißet in den Lib. 15. §. 7. ff. locat: Ubicunque remiſſionis ratio habetur, non id, quod ſua intereſt, conductor conſequitur, ſed mercedis exonerationem pro rata, ſupra denique damnum ſeminis ad colonum (pertinere) declaratur. Der gehoffete Gewinnſt iſt eine ungewiſſe Sache, welchen zu verſchaffen der Verpächter ſich nicht anheiſchig gemachet hat (d). In der Königl. und Chur-Braunſchweigiſchen Cammerverordnung vom 26. May 1758 iſt daher denen Rechten gemäß Art. IV. verſehen, „ daß in Regula nur derjenige Verluſt zu attendiren ſey, welchen die Pächter in Anſehung der ihnen verpachteten herrſchaftlichen Percelen gelitten, und wodurch eine Verletzung über die Hälfte des ausgelobten Pachtgeldes erfolget iſt, daher ſich von ſelbſt verſtehe, daß man ſich nicht auf alle und jede ihnen zugefügte Schäden, am allerwenigſten aber auf ein Lucrum ceſſans einlaſſen könne.„ Es hat auch die Königl. Hannöverſche Juſtiz-Canzley in Sachen Gebertſcher Vormünder wider Hedderich am 19 May 1759 und in Sachen Matthäi wider die Cämmerey der Stadt Hannover am 24. Aug. 1759 alſo erkand.

(a) MEVIUS Part. IX. Dec. 116. n. 5. & in Reſol. in cauſis proprietariorum & penſionariorum p. 5. n. 19.

(b) FRANTZKIUS ad ff. tit. locati n. 103.

(c) Meine Commentation de Jure Villicorum Cap. 4. §. 5. WEGE de locatione Cap. 8. n. 119. 120. 121. WERNHER Part. IV. Obſ. 214. n. 134. 135.

(d) WEGE d. l. n. 83. 84. WERNHER d. l. n. 136.

X. Bedenken.

Wer in poſſeſſorio ſummariiſſimo unterlieget, kan ſofort in die Unkoſten vertheilet werden, und der Obſieg in ſelbigen befreyet niemand von deren Erſetzung, wenn er in petitorio ſachfällig wird.

§. I.

Dem in poſſeſſorio ſummariiſſimo obſiegenden Theil werden billig die Unkoſten

Wenn in ſummariiſſimo geſprochen wird, ſo pfleget man den Punct der Unkoſten bis zur Endſchaft des Poſſeſſorii ordinarii oder Petitorii auszuſetzen (a). Sie werden aber auch wol dem obſiegenden Theil ſofort zuerkand (b), und geſchahe ſolches 1730 von der Halliſchen Juriſtenfacultät in Sachen Tiling wider die Dorfſchaft Hohen-Hameln, auch von der Hannöverſchen Juſtizcanzley

am 17. October 1752 in Sachen Schlüter wider von Bothmer. Ich ſehe nicht, warum demjenigen, welcher eines andern Beſitz widerrechtlich ſtöhret, und ihm dadurch unnöthige Koſten verurſachet, ſolches frey ausgehen ſolle, wenn er gleich das ſtreitige Recht in petitorio behauptet, weil ſein eigenrichterliches Verfahren immer ungerecht iſt. Es handelt der für die widrige Meinung angeführte Mevius von dem beſondern Falle, da ein abgeſetzter Burgermeiſter Lite pendente bey ſeinem Amt geſchützet wurde. Dieſem trug er Bedenken, die Unkoſten zuzuerkennen, quia malis moribus & artibus, ſi probari poſſent, cauſam dederat liti. Von den wenigſten, welche in ſummariiſſimo manutenentz erhalten, läſſet ſich ſolches ſagen, ſondern auch diejenige, ſo eine Poſſeſſionem non vitioſam darthun könnten, bleiben öfters in den Schranken des Momentanei, um ſo viel ehe Schutz zu erlangen, und zu behindern, daß der Gegner durch Remedia ſuſpenſiva ihnen ſolche geraume Zeit entziehe. Dieſer wird daher billig in die Unkoſten vertheilet, wenn er ohne Anſchein habende Urſachen dem Gegner die Poſſeßion ſtreitig machet. Die Regul leidet aber ihren Abfall, ſo oft einige Præſumtio malæ fidei fürhanden, mithin zu vermuthen iſt, daß der in momentaneo obſiegende in ordinario oder in petitorio zur Erſetzung der Unkoſten condemniret werden mögte.

uerkand, wenn deſſen mala fides nicht zu vermuthen.

(a) Mevius Part. VII. Dec. 335. Martini ad O. P. S. Tit. 36. §. 1. n. 132.

(b) Suendendörfer Proceſſus Fibigianus p. 1265.

§. II.

Nicht nur aber wird demſelben billig die Refuſio expenſarum vorerſt verſaget, ſondern er mag wenn der Rechtsſpruch in ordinario oder in petitorio wider ihn ausfällt, und ſeine Ungerechtigkeit an den Tag kömmt, verurtheilet werden, auch die in poſſeſſorio dem Gegner verurſachte Koſten ſelbigem zu erſetzen Dieſes behauptet Leyser Spec. 499. Med. 11., und dennoch billiget er Spec. 83. Med. 3. die Meinung derjenigen, welche dafür halten, eum qui in poſſeſſorio momentaneo obtinuit, ac poſtea in petitorio cauſa cecidit, ad ſumtus litis damnati non debere. Derſelbe redete aber hier ſonder Zweifel von dem Fall, wenn keine præſumtio malæ fidei fürhanden, welche der Beſitz nicht immer ausſchließet. Zwar vermeynet Carpzov Lib. I. Reſp. 18. daß 1) der Victor in poſſeſſorio ſummariiſſimo pro temerario litigatore nicht zu halten ſey, und 2) der Poſſeſſor mehr Recht habe in retinendo, als der Actor in agendo. Allein der bloße Obſieg in Summariiſſimo rechtfertiget es 1) nicht, daß der Beſitzer dem

Der Obſieg in poſſeſſorio befreyet niemand von Erſetzung der Unkoſten.

wah-

wahren Eigenthümer das Seinige wider beſſer Wiſſen und Gewiſſen vorenthält, mithin ihm eine gerichtliche Klage abnöthiget. Denn wenn gleich der eine Theil mit oder ohne ſeine Schuld dem andern eine Poſſeſſionem præſentaneam erwerben laſſen, ſo kan doch dieſer in poſſeſſorio ordinario vel petitorio das gröſte Unrecht haben, welches entweder jener nicht gleich anfangs darthun können, oder es verſäumet hat, dadurch aber ſeinem Gegner keine juſtam litigandi cauſam mittheilet, noch ihn von dem Vorwurf eines temerarii litigii befreyet, weil derjenige übel handelt, der eine erlangte Poſſeßion zu behaupten trachtet, die ihn nur währenden Rechtsſtreits ſchützen, am Ende aber von der Pflicht nicht bebefreyen kan, das einem andern zuſtändige Guth heraus zu geben. Es hat auch 2) der Poſſeſſor nur alsdenn ein Jus in retinendo, wenn er mit Vernunft hoffet, die ſtreitige Sache in petitorio zu behaupten, welches von jedem Victore in ſummariiſſimo nicht geſaget werden mag. Dafern alſo der Sachfällige von Anfang des Rechtsſtreits die wahre Umſtände, mithin daß die ſtreitig geweſene Sache nicht ihm, ſondern ſeinem Gegner zukomme, gewuſt oder wiſſen können, ſo wird derſelbe billig in die Koſten vertheilet, wenn er gleich in momentaneo obgeſieget hätte. In der Erläuterung und Verbeſſerung der Chur-Sächſiſchen Proceß- und Gerichtsordnung p. 312. iſt verſehen: „Soll derjenige, ſo in poſſeſſorio ſummariiſſimo geſchützet wird, da er nachgehends in poſſeſſorio ordinario oder petitorio verliehret, nichts deſtoweniger, wenn er ſonſt nichts weiter vor ſich hat, pro malæ fidei poſſeſſore gehalten, und alle Fructus perceptos & percipiendos, auch den durch das Poſſeſſorium ſummariiſſimum ſo wohl, als andere verurſachte Unkoſten zu erſtatten ſchuldig ſeyn.„

XI. Bedenken.

Was der Schwiegervater währender Ehe dem Schwiegerſohn in Abſicht auf ſeine Tochter ſchenket, gehöret nicht jenem, ſondern deſſen Ehefrau. Es iſt aber im Zweifel für Paraphernalgut zu halten.

§. 1.

Das dem Schwiegerſohn mit der Bedingung Geſchenkte, daß es die Tochter dermaleins conferiren

Bey entſtandenem Concurs über eines Mannes Vermögen condicirte deſſen Ehefrau eine Obligation auf 3000 Rthlr., welche jener ihrem Vater ausgeſtellet, dieſer ſie aber zurückgegeben, uud darauf geſchrieben hatte: dieſe 3000 Rthlr. ſind geſchenket. Der Curator wandte ein, es ſey eine Remiſſio debiti ex mutuo contracti fürhanden. Die Obligation habe nur den Mann verbunden, und alſo müſte auch nur ihm deren Aufhebung zu ſtatten kommen. Es erhellete

aber

aber aus einem Briefe des Schwiegervaters, daß er gewollt, es ſolte die Tochter dieſe 3000 Rthlr. künftig ſich von ihren Geſchwiſtern anrechnen laſſen. Solchemnach war nur ſofern eine Schenkung fürhanden, daß die Eheleute bey Lebzeiten des Schwiegervaters 3000 Rthlr. genießen, und ihm davon keine Zinſe zahlen ſolten, weil nach der klaren Verordnung des Lib. 20. Cod. de Collationibus eine ſimplex donatio zu conferiren iſt, ſi hujusmodi legem donator tempore donationis ſuæ indulgentiæ impoſuerit. Die Collation ſetzet aber nothwendig voraus, daß die Schenkung in Abſicht auf die Tochter, mithin dem Mann uxorio nomine geſchehen. Wenn ſelbigen ſeiner Frauen, oder dem Sohn ſeines Vaters wegen etwas geſchenket worden, ſo vermuthet man, daß deſſen Eigenthum der Frau und dem Vater übertragen iſt (a). Hier komt der Klägerin nicht nur dieſe allgemeine Vermuthung zu ſtatten, ſondern der ſchenkende Vater hat ſeine Abſicht, die 3000 Rthl. der Tochter als einen Erbtheil nach ſeinem Tode zu laſſen, auf das deutlichſte zu erkennen gegeben, indem er gewollt, daß ſie dieſelbe conferiren ſolle, welche daher die Klägerin von der Königl. Hannöverſchen Juſtitzcanzley am 25. May 1758 zuerkand worden.

ſolle, gehöret derſelben, und nicht ihrem Ehemann.

(a) MENOCH Lib. 3. Præſ. 28. MEVIUS ad Jus Lubec. Part. II. T. II. Art. 12. n. 71. LAUTERBACH de Societate bonorum conjugali §. 25.

§. 11.

Iſt aber dieſes Capital als ein Dotal- oder Paraphernalguth anzuſehen? Man mögte das erſte dafür halten, weil 1) die Gelder zum Hauskauf, mithin ad ſuſtinenda onera matrimonii hergeſchoſſen worden, und zwar 2) dem Mann und nicht der Frau, jenem aber die Dotalgelder, und dieſer die Paraphernalgelder zukommen. Allein es folget 1) keinesweges: Der Vater hat zum beſſern Auskommen ſeiner Tochter währender Ehe etwas geſchenket, E. hat er gewollt, daß nicht ſie, ſondern der Ehemann deſſen Eigenthum erlangen, und es nach Gutbefinden nützen ſolle. Eine Frau fähret gemeiniglich beſſer dabey, wenn ſie Paraphernalguth einbringet (a), deſſen Nutzung ſelbige dem Mann entziehen kann, wenn er übel haushält, oder ihr nicht gebührend begegnet (b). Es iſt aber zu vermuthen, daß ein Vater, welcher in Abſicht auf die Tochter Schenkungen thut, ihr Beſtes dem Nutzen des Schwiegerſohnes vorziehet, mithin auf keine Conſtitutionem dotis die Abſicht gerichtet hat, wenn er nicht den letztern für einen ſo böſen Hauswirth gehalten, daß ein Concurs zu befürchten. Eine andere Bewandniß hat es mit denen zur Zeit der vollzogenen Ehe eingebrachten Gütern. Dieſe werden nicht ſchlechterdings geſchenket, ſon-

Es iſt ſolches für ein Paraphernalguth zu halten, wenn gleich die Schenkung zum beſſern Auskommen der Eheleute geſchehen.

dern gegen den übernommenen Unterhalt der Frau und andere Laſten des Eheſtandes dem Mann gereichet. Der Brautſchatz iſt öfters eine ſolche Bedingung des Eheverſprechens, daß ſolches unterblieben wäre, wenn ihn der Bräutigam nicht zu erwarten gehabt, und deswegen wird deſſen Auslobung zu der Zeit vermuthet, da das Geſchäft noch zu keiner Vollenkommenheit gediehen war. Dieſer Bewegungsgrund fällt aber nach vollzogener Ehe hinweg, und iſt, wie ſchon geſaget, alsdenn nicht zu vermuthen, daß jemand ſeinem Schwiegerſohn mehr Gutes gönnet, als ſeiner Tochter; daher LEYSER Spec. 302. Med. 5. ganz recht lehret, Bona, quæ perfecto jam & conſtante matrimonio ab uxore adquiruntur, ac in mariti domum importantur, non ſuſtinere rationem rerum dotalium, ſed pro paraphernalibus merito haberi; welcher Meynung der Herr Ober-Appellationsrath PUFENDORF Part. I. Obſ. 206. §. 14. beypflichtet. Es hindert auch 2) nichts, daß der Mann die Gelder in Empfang genommen, weil dieſes mit dem Weſen des Paraphernalguths wohl beſtehet, als deſſen er ſich nur entſchlagen muß, wenn es die Frau verlanget, und ſolches kann ſie nach der ihm geſchehenen Zahlung noch immer thun. Die Königl. Hannöverſche Juſtitzcanzley hat am 4. Nov. 1758 alſo erkand.

(a) MENOCH Lib. 3. Præſ. 8. n. 18. 19. SEITZ de Bonis paraphernalibus §. 23.

(b) Lib. 8. Cod. de Pactis conventis. Herr PUFENDORF Part. I. Obſ. 12.

XII. Bedenken.

Ein Beſitzer geiſtlicher und Ritterguther, der von aller Unpflicht befreyet iſt, genießet billig der Contributionsfreyheit.

Das Guth Horſt iſt von dem Ratzeburgiſchen Dohmcapitul 1573 mit des Stiftsadminiſtratoris Herzogs Chriſtoph zu Mecklemburg Conſens denen von Wackerbart verkaufet„ mit aller Herrlichkeit und Gerechtigkeit, ſo die Verkäufer und ihre Vorfahren daran gehabt, und daſelbſt je freyeſt gebrauchet, als ein ganz freyes und von aller Unpflicht, Beſchwerung und Dienſtbarkeit befreytes Gut.„ Herzogl. Meklenburgiſcher Seits ziehet man in Zweifel, daß dieſe Worte von der Contributionsfreyheit zu verſtehen ſind, und deutet ſie auf Nebenfuhren, Ablager und ſolche Dienſte, die nicht allemahl zu gewiſſen Zeiten geſchehen. Es wird auch durch das Wort Unpflicht wohl ein Indebitum vel nimia exactio, quæ modum excedit, vielfältig aber auch ein Tributum ſimplex und

die

die gewöhnliche Schatzung angezeiget, ſo daß nicht weniger die Unpflichten, als die Pflichten Præſtationes debitæ ſind (a). Wie das Cloſter Bordesholm 1501 vor alle Unpflicht ſich von ſeinen Hüfenern jährlich, eine Mark bedunge, wurde die Herrenbede davon ausgenommen (b), zum deutlichen Beweis, daß man dieſe Beede als eine Speciem der Unpflicht angeſehen. Herzog Henrich der ältere zu Braunſchweig und Lüneburg verſprach 1503 dem Stift Gandersheim, „daß deſſen Leute mit Deenſte, Schattinge und andere Unpflicht nicht höher beſchweret werden ſollten, dann als daß von gemeiner Landſchaft overgeven und togelaten werd„ (c). Die von der Landſchaft verwilligte Præſtationes, und insonderheit die Schatzung nante man demnach Unpflicht. Die Stadt Göttingen begehrte, daß die Einwohner des dem Herrn von Pleſſe zuſtändigen Hofes gleich andern Bürgern alle Onera abtragen ſolten, und man verglich ſich 1470 dahin, „daß wenn ſolche Einwohner den Stadtmarkt gebrauchen wolten, ſie alle Unpflicht den Bürgern gleich thun ſollten„ (d), mithin bedeutet das Wort Unpflicht alle bürgerliche Onera. Es muß demach pro ſubſtrata materia verſtanden werden. Iſt die Rede von einem Baurenguth, ſo führet die Befreyung von Unpflichten keine Contributionsfreyheit mit ſich, ſonder Zweifel aber wenn ein geiſtliches oder Ritterguth ein von allen Unpflichten befreyetes Guth genand wird. Das Guth Horſt, welches ehemals Clotesveld hieße, war ſchon zu Herzog Henrich des Löwen Zeiten ein Ratzeburgiſches Kirchenguth (e), und als Biſchof Isfried die Stiftsgüther mit dem Capitul theilete, bekam das letztere Clotesveld totum cum ſuis attinentiis (f). In einem dem Ratzeburgiſchen Domcapitul ausgeſtellten Briefe Biſchof Conrads von 1288 heißet es: Item quando exactionem vel petitionem in homines fecerimus, vel noſtri ſucceſſores Epiſcopi fecerint, ſimiliter ipſam ab hominibus tollatis & veſtris uſibus applicetis, non ſervata nobis potione aliqua in præmiſſis (g). Die Beeden wurden alſo aus den Domcapitulariſchen Güthern nicht dem Biſchof, ſondern dem Capitul entrichtet. Wer aber ehemals keine Beede empfangen, dem gebühret heutiges Tages keine Contribution (h), wenn ſie nicht in neuern Zeiten übernommen worden. Mit gutem Grunde ſchreibet LUDOLF Obſ. for. 314. Sunt in omnibus provinciis Germaniæ prædia, quorum domini ſunt vel nobiles, vel monaſteria, aut alia collegia eccleſiaſtica contributionibus ordinariis exemta, quotiescunque ipſe Dominus ea adminiſtrat, atque per homines domeſticos culturam exercet. Für das ehemalige Domcapitulariſche Guth Horſt, welches vom Domcapitul mit aller Gerechtigkeit verkaufet worden, die die Verkäufer daran gehabt, waltet demnach die Vermuthung der Contributionsfreyheit. Es hindert auch nichts, daß deren der Kaufbrief keine ausdrückliche Meldung thut, da man 1573 von dieſer Specie col-

lectarum nichts wuſte, als welche allererſt im dreißigjährigen Kriege von dem Kayſerl. General Wallenſtein, und demnächſt von den übrigen kriegenden Theilen eingeführet, nach dem Weſtphäliſchen Frieden aber in den mehreſten teutſchen Fürſtenthümern beybehalten, und von dem Landesherren erhoben worden, i); daher denn Churfürſt Maximilian Henrich zu Cöln unterm 3ten April. 1652 an die Stift-Hildesheimiſche Landſtände ſchriebe, „es ſey der Nahme Contribution etwas verhaſſetes„; weil er nehmlich zu ſelbigen Zeiten eine Steuer bedeutete, welche der Feind erpreſſet hatte.

(a) WACHTER in Gloſſario v. Unpflicht. HALTAUS in Gloſſario v. Unpflicht.

(b) WESTPHALEN Rer. Cimbr. Tom. II. p. 500.

(c) HARENBERG Hiſtor. Gandersheim. p. 394.

(d) MEIERS Origines Pleſſenſes p. 252.

(e) WESTPHALEN d. l. p. 2045.

(f) Ibid. p. 2051.

(g) Ibid. p. 2211.

(h) Herr B. v. CRAMER in den Wetzlariſchen Nebenſtunden Part. X. p. 24. 25.

(i) Mein Unterricht von Regierierungs- und Juſtitzſachen p. 190. 191. Obſervationes Juris & Hiſtoriæ Germanicæ p. 105. 136. 156. Nebenſtunden Part. II. p. 404.

XIII. Bedenken.

Von der Devotione domeſtica, vermöge Inſtrumenti Pacis Weſtphalicæ Art. V. §. 34.

In dem Weſtphäliſchen Friedensſchluß Art. V. §. 34. heißet es: Placuit porro, ut illi Catholicorum ſubditi Auguſtanæ Confeſſioni addicti, ut & Catholici Auguſtanæ Confeſſionis Statuum ſubditi, qui anno 1624 publicum, vel etiam privatum religionis ſuæ exercitium nulla anni parte habuerunt, nec non qui poſt pacem publicatam deinceps futuro tempore diverſam a territorii domino religionem profitebuntur, & amplectentur, patienter tolerentur, & conſcientia libera *domi devotioni ſuæ* ſine inquiſitione privatim vacare, in vicinia vero, ubi & quoties voluerint, publico religionis exercitio intereſſe, vel liberos ſuos exteris ſuæ religionis ſcholis,

ſcholis, aut *privatis domi præceptoribus* inſtruendos committere non prohibeantur, ſed ejusmodi Landſaſſii, Vaſalli & Subditi in cæteris officium ſuum cum debito obſequio & ſubjectione adimpleant, nulliſque turbationibus anſam præbeant. HENNIGES ad J. P. W. Spec. IV. pag. 614. hält dafür, hic nihil aliud permitti, quam ut unusquisque domi ſuæ devotioni ſtudeat, non vero, ut plures familiæ ejus exercitii cauſa unum in locum, ſive publice ſive clam congregentur. Bey denen über die Osnabrückiſche Religions = Gravamina mit dem Domcapitul gepflogenen Conferenzien hat man aber Evangeliſcher Seits die Sache anders angeſehen, und laut Protocolli vom 3. Auguſt 1720 geäußert: „Es würde im Osnabrückiſchen ſowol die Anſtellung der Privat = Hausandachten, als die Anſtellung der Privat - Informatorum mit nichten und noch weniger als denen, ſo zu der Religion ihrer Parochien ſich bekennen, zu verwehren, wie auch denen in der Nähe ſich befindenden nicht zu unterſagen ſeyn, daß ſie ſothane Hausandachten, wie es an andern Orten gebräuchlich, oder in dem nicht pure Catholiſchen Stift Osnabrück Obſervantiæ ſey, beywohnen, und die Predigten anhören, auch Beten und Singen mit verrichten, nicht weniger einige Kinder zu eines ſolchen Privat - Informatoris Unterricht und Anweiſung geben laſſen mögten.„ Ich finde auch kein Wort im Friedensſchluß, welches die Freyheit der Unterthanen enger einſchränket. Es iſt den Nachbaren unverboten, weltlicher Geſchäfte halber zuſammen zu treten. Warum will man denn ſelbige verhindern, Gott gemeinſchaftlich zu dienen. Die Rationes des HENNIGES, quod Magiſtratui aliquando ſuſpiciones metusque ex hominum coitione incutiatur, & ſint aliis offenſioni, finden gar ſelten, und alsdenn überall keinen Platz, wenn ein Edelmann mit denen nahe bey ſeinem Hofe wohnenden Leuten ſinget, betet und Gottes Wort anhöret. Unmöglich kan daraus der mindeſte Verdacht eines Aufruhrs entſtehen, noch jemand hierdurch beleidiget zu ſeyn, mit einigem Schein vorgeben. Was die Rechte von Conventiculis illicitis hereticorum verordnen, findet bey den Evangeliſchen keine Zueignung, als welche ſich zu einer im Römiſchen Reich recipirten Religion bekennen. Wenn ein Landesherr ſeinen Unterthanen die Erziehung der Kinder ſchwer machet, ſo ſchadet er ſich ſelbſt, weil diejenige, welchen es daran gemangelt hat, böſere Unterthanen zu ſeyn pflegen, als andere, die von ihren Pflichten beſſer unterrichtet ſind.

XIV. Bedenken.

Ein Richter kann vermöge der Prorogation in Sachen erkennen, die ihrer Beſchaffenheit nach, ſonſt überall vor ihn nicht gehören.

Die Meinung vieler Rechtslehrer gehet dahin, daß die Partheyen per prorogationem ihre Rechtshändel der Entſcheidung eines ſolchen Richters nicht übergeben können, vor welchen dergleichen Sachen gar nicht gehören (a); Daher es unerlaubet ſey, geiſtliche Sachen an ein weltliches Gericht zu bringen (b). Dieſen ſind aber bey uns ſonder Zweifel die wegen des Juris patronatus entſtehende Streitigkeiten beyzuzählen (c). Deswegen wurde die Frage aufgeworfen? Ob die Königl. Hannöverſche Juſtitzcanzley über das Jus patronatus des Stifts S. Bonifacii in Hameln erkennen könne, weil der Probſt die Sache bey ihr klagbar gemachet, das Capitul aber ſich auf die Klage eingelaſſen, und keine Exceptionem fori incompetentis opponiret hatte? Dieſelbe iſt mit Beyfall älterer und neuerer Rechtslehrer (d) bejahet, weil es in Lib. 1. ff. de Judiciis heiſſet: Si ſe ſubjiciant aliqui Jurisdictioni & conſentiant, inter conſentientes *cujusvis Judicis, qui Tribunali præeſt, vel aliam Jurisdictionem habet*, eſt Jurisdictio; mithin die Partheyen einem jeden Richter ihre Rechtshändel zur Entſcheidung übergeben können. Ferner iſt in Lib. 74. §. 1. d. t. verſehen: Judex, qui usque ad certam ſummam judicare juſſus eſt, etiam de re majori judicare poteſt, ſi inter litigatores convenit. Er mag daher Vi prorogationis in ſolchen Sachen erkennen, welche Vi Jurisdictionis ipſi conceſſæ vor ihn gar nicht gehören. Noch mehr beſtärket dieſe Meinung der L. I. C. de Jurisdictione omnium Juridicum alſo: Non quidem fuit competens Judex Procurator noſter in lite privatorum: ſed cum ipſi eum Judicem elegeritis, & is conſentientibus adverſariis ſententiam tulerit, intelligitis vos acquieſcere debere rei ex conſenſu veſtro judicatæ: cum & procurator judicandi poteſtatem inter certas habeat perſonas: & vos incongruum eum eſſe vobis judicem ſcientes, tamen audientiam ejus elegiſtis. Quod & in aliis ſimilibus judicibus, tam in actionem proponentis, quam in exceptionem opponentis perſonæ, locum habebit. Zwar wendet Herr B. von Cramer de Jurisdictione prorogata §. 36. Opuſc. Tom. II. p. 608. hierwider ein, illam Lib. I. indigitare Jurisdictionem Procuratoris Cæſaris non in cauſis diverſi generis a privatis litigatoribus, ſed in alias ſaltem perſonas prorogatam fuiſſe. Es wird auch in gedachten Lege ausdrücklich geſaget, Procuratorem judicandi poteſtatem inter certas habere perſonas. Aber dieſe Perſonen waren keine andere als die fiſcaliſche Proceſſe hatten. Denn nur in ſelbigen ſtunde

dem

dem Procuratori Cæſaris die Jurisdiction zu (e). Solches hat ſchon P. BARBOSA d. l. erkand, und weil der Procurator fiſci Jurisdictionem limitatam cognoſcendi de cauſis inter fiſcum & privatos hatte, daraus gefolgert, Sententiam, quæ non admittit prorogationem ad cauſas diverſæ qualitatis, per dictam Lib. I. aperte confundi.

(a) LAUTERBACH C. T. P. Tit. de Jurisdictione §. 33. Herr Cammergerichts-Aſſeſſor B. von CRAMER de Jurisdictione prorogata §. 35. 36.

(b) HERTIUS Vol. I. Reſp. 391. n. 5.

(c) BRUNNEMANN Jur. Eccleſ. Lib. 3. Cap. I. §. 31. BOEHMER Tom. I. Reſp. 65. n. 28. 29. Tom. III. Part. I. Reſp. 34. n. 25. ENGAU Elem. Jur. Eccleſ. Lib. 2. §. 412.

(d) BARBOSA in Interpret. Tit. ff. de Judiciis Lib. 1. art. 1. n. 82. Cornelius van ECK in Principiis Juris Civilis Lib. 2. Tit. 1. §. 8. Herr Geheimter Juſtizrath GEBAUER de Jurisdictione Cap. I. §. 16.

(e) Mein Unterricht von Regierungs- und Juſtizſachen Sect. 3. §. 11.

XV. Bedenken.

Der Diebſtahl iſt geſchehen, ſo bald ſich jemand fremden Guths bemächtiget hat, wenn ihm gleich ſolches abgenommen worden, bevor er es in ſeine Gewahrſam gebracht.

Es hält CARPZOV Prax. crim. Part. II. Qu. 88. n. 5. 10. dafür, der Diebſtahl ſey unvollenkommen, ſo lange der Dieb die geſtohlene Sachen nicht an den Ort gebracht, wohin er ſie bringen wollen. Der Ober-Appellations-Rath Eſaias PUFENDORF in Proc. crim. Cap. 25. §. 48. bemerket, daß dieſe Lehre den Römiſchen Rechten zuwiderlaufe, jedoch heutiges Tages bey uns angenommen ſey, alſo: Conſummatum furtum dicitur, cum rem ablatam fur omnino in cuſtodiam ſuam detulit. Quod ſi enim, antequam rem in cuſtodiam ſuam omnino perduxit, fur cum re deprehenditur, resque ſic a domino recuperatur, Jure Romano quidem furtum conſummatum hoc habetur, & nominatim manifeſtum dicitur Lib. 3. 4. 5. ff. de Furtis, ſed hodie hoc habetur modo attentatum. Nach dem Lib. 3. 4. 5. ff. de Furtis wird ein Furtum manifeſtum begangen, ſi aliquis cum re furtiva fuerit apprehenſus, priusquam eo loci rem pertulerit, quo deſtinaverat. Man kan alſo dieſe That für kein bloßes Attentatum ausgeben. In der

peinli-

peinlichen Halsgerichtsordnung Art. 158. heiſſet es: „So aber der Dieb mit gemeldetem erſten Diebſtahl, der unter 5 Gülden werth iſt, ehe denn er an ſeine Gewahrſam kömt, betreten wird, oder ein Geſchrey oder Nacheil machte, und doch zum Diebſtahl nicht gebrochen oder geſtiegen hat, iſt ein offener Diebſtahl, und beſchweret ihn die gemeldete Aufruhr und Berüchtigung der That alſo, daß der Dieb in Pranger geſtellet, mit Ruthen ausgehauen, und das Land verboten, und vor allen Dingen den Beſchädigten den Diebſtahl oder Werth dafür, ſo es in des Diebes Vermögen iſt, wiederum werden: und ſoll zu dem allen in der beſten Form ewige Urphede thun.“ Es bemerket KRESS über dieſen Articul n. 2. ſehr wohl, deprehendi, & non deprehendi non ingredi factum furis, ſed pertinere ad caſum fortuitum (a). Carpzovii Lehre iſt immittelſt in den mehreſten Gerichten angenommen. Die Richter mildern ſolchergeſtalt vielfältig unſere mit Blut geſchriebene Geſetze durch Auslegungen, welche in ihren Buchſtaben keinesweges gegründet ſind, und die Geſetzgeber laſſen es, nicht ohne Urſache, geſchehen.

(a) JCti Tubingenſes Tom. IV. Conſ. 211. n. 11. J. S. BOEHMER Elem. Jur. Crim. Sect. 2. §. 151.

XVI. Bedenken.

Demjenigen, wider welchen der Regreß genommen werden mag, iſt nicht jedesmahl Lis zu denuntiiren.

Der Kupferſchmidt Wiechmann hatte ſich anheiſchig gemachet, dem Königl. Amt Calenberg eine Braupfanne von gutem Kupfer und ohne Tadel zu liefern. Als ſich ergab, daß die gelieferte rinne, wurde von ihm unter andern vorgeſchützet, es rühre der Mangel nicht von der Arbeit, ſondern von der Beſchaffenheit des Kupfers her, welches zu ſteif, hart und bröcklich geweſen, mithin begehrte er, daß man Denunciationem litis wider das Königl. Bergcomtoir, als dem Verkäufer deſſelben, erkennen mögte.

Nun hält zwar LEYSER Spec. 241. Med. 1. dafür, eam locum habere in omnibus negotiis, in quibus regreſſum quis contra tertium habet, & ſic non tantum in evictionibus, ſeu ubi jus reale translatum eſt, ſed ubicunque; welche Meinung er mit dem Lib. 10. §. 12. Mandati zu behaupten ſuchet. Daß der Kupferſchmidt, wenn das Kupfer auf der Hütte übel zubereitet worden, ſeinen Regreß wider denjenigen nehmen könne, welcher es ihm verkaufet hat, leidet keinen Zweifel.

Es beſtehet aber die Litis denunciation nicht in der bloßen Bekantmachung des entſtandenen Streits, ſondern dem Denunciato muß auferleget werden, den Denunciantem zu vertreten (a), welches die Rechte nirgend von allen erfodern, an denen man ſich erholen kan, noch demjenigen den Regreß wider einen Dritten verſagen, der die Litis denunciation unterläſſet; Daher HUBER ad ff. tit. de Evictionibus §. 6. 13. lehret, daß wenn keine Evictions-Klage Platz findet, ſondern jemand Inæqualitatis corrigendæ gratia actionem ex emto anſtellet, es der Litis denunciation nicht bedarf. Der Lib. 10. §. 12. Mandati handelt von dem Fall, wenn dem Schuldner eine Exception zugeſtanden, mittelſt welcher er ſich und ſeinen in Anſpruch genommenen Bürgen retten können, dieſer ſolches gewuſt, und ihm keine Nachricht von der Klage gegeben. Weil durch jenes Verſäumniß die Sache verlohren iſt, ſo wird ſelbigem deswegen der Regreß wider den Debitorem principalem billig nicht verſtattet (b). Von dieſem Fall iſt auf den gegenwärtigen kein Schluß zu machen. Denn der Verkäufer des Kupfers kan dem Beklagten nichts an Hand geben, womit er die Klage ablehnen mag. War die Materie gehörig zubereitet, ſo muß des Kupferſchmidts Arbeit untüchtig geweſen ſeyn, dafern die Pfanne von Anfang her geronnen. Hat aber das Kupfer nichts getaugt, alsdenn lieget dennoch dieſem ob, das Amt ſchadlos zu halten, ob wohl er ſich an ſeinem Verkäufer erholen kan, gegen welchen ihm keine Actio de evictione zuſtehet, weil über das Eigenthum des Kupfers nicht geſtritten, ſondern mittelſt der Actionis redhibitoriæ von Beklagten begehret wurde, daß er die unbrauchbare Pfanne wieder hinnehmen, und das Kaufgeld zurück geben ſolle. Die Königl. Hannöverſche Juſtitzcanzley hat daher in oberwehnter Sache am 28ten Jun. 1758 erkand, daß es bey der Marpurgiſchen Urthel, welche das Geſuch der Litis denunciation als unſtatthaft verworfen, ſein Bewenden habe.

(a) ECKOLT ad ff. tit. de Evictionibus §. 5.

(b) MEVIUS Part. II. D. 289.

XVII. Bedenken.

Ob der Käufer die Actionem ex emto oder Aeſtimatoriam fallen laſſen, und die Redhibitoriam anſtellen könne?

Das Amt Calenberg hatte Anfangs von dem Kupferſchmid Wiechmann nur die Verfertigung eines neuen Bodens der von ihm erhandelten ſchadhaf-

ten Braupfanne begehret. Demnächſt beſtunde es darauf, daß er ſie wieder hinnehmen, und das empfangene Kaufgeld zurück geben ſolle. Dieſe Forderung ſchiene der Lib. 25. §. 1. ff. de exceptione rei judicatæ entgegen zu ſtehen, welcher alſo lautet: Eſt in poteſtate emtoris intra ſex menſes redhibitoria agere mallet, an ea que datur, *quanti minoris homo cum veniret*, *fuerit*. Nam poſterior actio etiam redhibitoriam continet, ſi tale vitium in homine eſt, ut eum ob in Actor emturus non fuiſſet: quare vere dicitur eum, qui alterutra earum egerit, ſi altera poſtea agat, rei judicatæ exceptione ſummoveri. Man hält deswegen dafür, der Concurſus dieſer actionum ſey electivus, non cumulativus, ſic ut, una electa, altera conſumatur (a). Ueberdem war die Braupfanne im Jun. 1749 nach Calenberg geliefert, und allererſt im Jul. 1752, mithin nach dem Ablauf 3 ganzer Jahre die Redhibitoria angeſtellet, welches binnen 2 Jahren a tempore contractus initi geſchehen muß. Allein 1) enthält der L. 43. §. 6. ff. de Aedilitio edicto folgende Verordnung: Aliquando etiam redhiberi mancipium debebit, licet æſtimatoria i. e. quanti minoris agamus. Nam ſi adeo nullius pretii, ut ne expediat tale mancipium domino habere, veluti ſi furioſum aut Junaticum ſit, licet æſtimatoria actum fuerit, officio tamen Judicis continebitur, ut reddito mancipio pretium recipiatur. Eine rinnende Braupfanne iſt dem Amt ſo unnütz als ein mondſüchtiger Knecht ſeinem Herrn. Von beyden ſtehet einiger Gebrauch, aber nicht der erforderliche zu machen, und wer ohne Schaden bleiben will, muß eine andere Braupfanne, und einen andern Knecht anſchaffen. Zwar hält THOMASIUS ad Huberum tit. de Aedilitio edicto §. 7. dafür, der Lex handele nicht von dem Fall einer geänderten Action, ſondern wolle, daß der Richter ex officio die Wiederannehmung der dem Käufer unnützen Sache dem Verkäufer auferlegen ſolle. Kan er aber dieſes ungebeten thun, was hindert ihn denn, des Klägers Geſuch Platz zu geben, wenn derſelbe erbietig, die gekaufte ihm unnütze Sache gegen Emfang des Kaufgeldes zurück zu geben? welches um deſtoweniger zu unterlaſſen, da in caſu inutilitatis rei venditæ mittelſt der Actionis æſtimatoriæ auch die Redhibition tacite begehret wird, nachdem obenangeführten L. 25, und wenn dieſer will, Rei judicatæ exceptione ſummoveri eum, qui alterutra earum actionum egerit, ſi altera poſtea agat, ſo wird voraus geſetzet, daß der Kläger mit einer dieſer beyden Klagen rechtskräftig abgewieſen worden, da denn nach Verwerfung der Aeſtimatoriæ keine Redhibitoria Platz finden kann. (b)

2) Hat klagendes Amt niemals Actionem æſtimatoriam angeſtellet, ſondern auf die Erfüllung des Contracts geklaget. Nirgend iſt aber in den Rechten verboten, eine Action fallen zu laſſen, und eine andere zu gebrauchen, wenn man

dem

dem Beklagten die propter mutatum libellum verurſachte Koſten erſetzet, welches nicht einmahl zu begehren, dafern ihm die Aenderung unſchädlich geweſen. Der Proceß wäre aber nicht beſchleuniget, wenn gleich Anfangs auf die Redhibition geklaget worden, maßen alsdenn der Beklagte eben dasjenige eingewand hätte, womit er ſich von der Schuldigkeit einen neuen Boden zu machen, mühſam los zu halftern geſuchet.

Endlich 3) laufet die Præſcriptio actionis redhibitoriæ dem Ignoranti nicht, es wäre denn ſeine Ignorantia ſupina, wie in Lib. 55. ff. de æditio edicto alſo verſehen: Cum ſex menſes utiles, quibus experiundi poteſtas fuit, redhibitoriæ actioni præſtantur, non videbitur poteſtatem experiundi habuiſſe, qui vitium fugitivi latens ignoravit: non idcirco tamen diſſolutam ignorationem emtoris excuſari oportebit. Wie konte aber das Amt wiſſen, daß die ganze Pfanne wegen des zu viel gebrauchten Kretzkupfers untüchtig ſey? Dieſes haben allererſt die Auſſagen der Peritorum ergeben, und nachdem ſolches in Erfahrung gebracht worden, iſt die Redhibitoria frühzeitig genug angeſtellet, daher die Königl. Hannöverſche Juſtitzcanzley am 28. Junii 1758 erkand hat, daß Beklagter und Appellant die Braupfanne wieder anzunehmen, und das dafür gehobene Geld, nebſt den darauf gebührenden Zinſen vom 5. Julii 1752 an zu rechnen, wieder heraus zu geben ſchuldig ſey, es wäre denn, daß derſelbe binnen 4 Wochen a publicato dieſes rechtlicher Gebühr zu erweiſen ſich getrauete, daß in dem bey der Pfanne geſchehenen Zuſatz des Kretzkupfers die gehörige Maaß und Proportion beobachtet ſey, folglich die Pfanne, ohngeachtet dieſes Zuſatzes, dennoch dauerhaft und tüchtig ſeyn können, mithin die verurſachte Schäden nicht vom Kretzkupfer, ſondern einer Verwahrloſung herrühren, nicht weniger und im Fall die Materie für untadelhaft erkand würde, rechtlicher Art darthue, daß der Schade ſich allererſt nach einem 5vierteljährigen Gebrauch der Pfanne hervorgethan, als womit derſelbe ſolchenfalls billig zu hören.

(a) WISSENBACH ad ff. Part. I. Diſp. 41. th. 10. VOET ad ff. tit. de Aedilitio edicto §. 6.

(b) SUENDENDÖRFER ad Eckolt Tit. de Aedilitio edicto c. 9. verb. *tempore tantum.*

XVIII. Bedenken.

Die Beſtellung einer gerichtlichen Hypothek kan auch vor den Gerichten geſchehen, denen das verſchriebene Guth nicht unterworfen iſt.

Nach den Römiſchen Rechten iſt die gerichtliche Verpfändung ein Actus voluntariæ jurisdictionis, welcher vor einem Richter geſchehen kan, dem das verpfändete Grundſtück nicht unterworfen. Der Hypothecæ publicæ wird nur deswegen eine mehre Kraft beygeleget, als der privatæ, weil ſie weniger verdächtig iſt, daß dabey Unrichtigkeiten vorgegangen (a). Der Judex incompetens verdienet aber ſo vielen Glauben, als der competens. Verſchiedene Landesordnungen erfordern zwar, daß die Verpfändung vor dem Judice rei ſitæ geſchehe, bey dem man Unterricht erlangen kan, ob auf dem Guth bereits Schulden haften, und von welchem Werth es iſt. Die Chur-Braunſchweigiſche Landesconſtitutiones vom 6. Oct 1712, 13. Jan. 1733 und 17. Aug. 1739, verordnen auch, „daß keine unbewegliche Bürgergüter an jemanden ohne Vorwiſſen und vorhergegangene Anmeldung an die ordentliche Stadtobrigkeit, unter deren Jurisdiction, oder in deren Feldmark das zu veralienirende Stück belegen, veräußert, verkaufet, verſetzet, denen Töchtern in dotem mitgegeben, oder ſonſt einiges Jus in re, unter was für einem Vorwand ſolches auch geſchehen mag, transferiret werden ſolle (b).„ Allein dieſes Geſetz handelt 1) von keiner Conſtitutione hypothecæ publicæ, ſondern von einer Anmeldung, welche bey der Stadtobrigkeit geſchehen ſoll. Ohne ſelbige iſt die Verpfändung kraftlos. Sie wirket aber kein Pfandrecht. Um ein Jus reale zu erlangen, muß die Hypothek beſonders conſtituiret werden, und die Verordnungen ſetzen voraus, daß es daran nicht mangelt. Daher wenn dem Gläubiger eine Hypotheca privata beſtellet worden, und er ſolche ingroſſiren läſſet, ſie dadurch in keine Hypothecam publicam verwandelt wird. Burgermeiſter und Rath der Alten-Stadt Hannover haben in Sachen Maswedel wider Meier alſo erkand, und ihr Spruch iſt von der Königl. Hannöverſchen Juſtitzcanzley 1760 beſtätiget. Ferner erfordern beſagte Verordnungen 2) nur wegen bürgerlicher Güter, die Ingroſſation.

Zwar ſollen vermöge Conſtitutionis vom 4. April 1620, alle und jede Eheſtiftungen, Kaufbriefe, Theilungsreceſſe und Verträge unter der Bauerſchaft auf dem Lande entweder vor den Officiren und Beamten aufgerichtet und beſchloſſen, oder doch, ſo bald dieſelbe von den Partheyen betendiget und beliebet, den Beamten offenbaret, und den Amtsbüchern, um künftiger Nachricht

willen,

willen, einverleibet werden (c)„ Dieſes aber wird nur von den Bauren erfordert, weil man vermuthet, daß ſonſt ihre Verträge nicht deutlich genug, und dergeſtalt gefaſſet werden mögten, daß ſie beſtehen können. Andern bleibet unverboten, in ihren unter der Aemter Gerichtbarkeit belegenen Gütern vor andern Gerichten jemand eine Hypotheeam publicam zu beſtellen. Als demnach in Sachen von Lüde wider einige Wiſſelſche Creditores in Zweifel gezogen wurde, daß die vor dem Hannöverſchen Stadtmagiſtrat geſchehene Verpfändung eines im Amt Langenhagen belegenen Gartens Hypothecam publicam wirke, erkandte die Königl. Hannöverſche Juſtitzcanzley am 14. Jun. 1758, „daß auf den Wiſſelſchen Garten, wenn auch ſelbiger kein Bürgerguth, dennoch bey Burgermeiſter und Rath hieſelbſt, als der ordentlichen Obrigkeit des Cridarii, eine Hypothek wohl beſtellet werden mögen.„

In eben dieſer Sache wollte man behaupten, daß weil, wegen der obenangeführten Conſtitutionen, die Verſetzung bürgerlicher Güter, welche in der Städte Jurisdiction, oder in deren Feldmarken belegen, kraftlos ſind, wenn ſie dem Magiſtrat nicht gemeldet worden, die dem von Lüde vor dem Amt Langenhagen geſchehene Verſetzung des in demſelben belegenen Wiſſelſchen Gartens ganz nichtig ſey. Weil aber nicht alles, was einem Bürger gehöret, bürgerliches Guth iſt, ſondern nur dasjenige, ſo ſich in dem Cataſtro der Stadt findet, und wovon ſie etwas zu erheben hat, maſſen die Abſicht des Geſetzgebers dahin gehet, die Städtiſche Cataſtra nicht confundiren zu laſſen, und dem Nachtheil der Cämmereyen abzuwenden, denen es ganz unſchädlich iſt, wenn eines Bürgers Guth ohne Vorbewuſt ſeiner Obrigkeit verkaufet wird, dafern dieſer nicht das mindeſte Recht daran zuſtehet, ſo wurde von der Königl. Hannöverſchen Juſtitzcanzley mittelſt der eben erwehnten Urtel auch erfand, „daß weil nicht dargethan, daß der Wiſſelſche Garten ein bürgerlich Guth, mithin die der von Lüden Erblaſſer in ſelbigem beſtellte Hypothek null und nichtig ſey, die Wiſſelſche Kinder mit den Paraphernalgeldern in Anſehung ſolches Gartens und derer daraus gelöſeten Gelder nicht vorzuſetzen.

(a) BOEHMER de Prærogativa hypothecarum publicarum Cap. 2. §. 10. LEYSER Spec. 230. Med. 3.

(b) Chur-Braunſchweigiſche Landesordnungen Cap. 2. pag. 633. 650. 897.

(c) Ibid, Cap. 5. pag. 53.

XIX. Bedenken.

Eine Hypotheca legalis bedarf vermöge der Conſtitution von 1712 keiner Ingroſſation, und ſie gehet der Hypothecæ publicæ poſteriori vor.

Weil die Gläubiger nicht in völlige Sicherheit geſtellet werden können, wenn es möglich, daß die verſchwiegene Hypothecæ legales das Vermögen ihres Schuldners wegnehmen, welches zu bewirken die Conſtitution von 1712 gemachet iſt, ſo halten einige dafür, daß auch Hypothecæ legales ingroßiret werden müſſen. Die Königl. Hannöverſche Juſtitzcanzley hat aber am 7. April 1745 dieſe Meinung gemißbilliget, und die Wittwe Duven, mit 430 Rthlr. dotal Geldern, Gläubigern, die ingroßirte Hypotheken hatten, vorgezogen, welche Erkentniß ich beypflichte. Denn es ſind alle Leges correctoriæ ſtricte zu verſtehen, und folget nicht: Der Geſetzgeber hat für die Sicherheit der Gläubiger ſofern ſorgen wollen, daß ihnen durch heimliche Veräußerungen und Verpfändungen kein Nachtheil verurſachet werden möge. E. hat er alles, was ihre Sicherheit mind rn mag, mithin auch die Hypothecas legales, aufgehoben. Von den heimlichen Verſchreibungen läſſet ſich auf den Brautſchatz nicht ſchlieſſen. Die Vorrechte einer Ehefrau weiß ein jeder, oder kan ſie doch wiſſen. Der Gläubiger ſollte alſo bedingen, daß die Frau ſich für den Mann verſchreibe, oder ihm keinen Credit geben. Mit aller menſchlichen Vorſichtigkeit iſt hingegen nicht immer in Erfahrung zu bringen, ob und wie fern jemand ſeine Güter andern verpfändet hat. Daher denn auch an den Orten, wo heimliche Verſchreibungen allen öffentlichen weichen müſten, die Hypothecæ legales nicht nur bey Kräften gelaſſen ſind, ſondern auch den jüngern Hypothecis publicis vorgehen. Es bezeuget HUBER ad ff. tit. qui potiores in pignore n. 18. ſolches alſo: Hypothecæ vulgares actis publicis inſinuatæ apud nos, etſi tempore poſteriores, occupant locum priorem, cui incommodo legales hypothecæ non ſunt ſubjectæ, ſed hæ ſuum locum ſine publica forma vel inſinuatione in acta retinent; und n. 30.: Jure Friſico hypotheca conventionalis poſterior regiſtrata i. e. catalogo publico hypothecarum inſerta temporis ordine priori etiam publico inſtrumento præfertur. Legalibus hypothecis regiſtratio non præjudicat, ſed hæ ſuam jus temporis intactum ſervant. Ob es rathſam iſt, ihnen ſolches zu nehmen, bedarf hier keiner Unterſuchung, da nur von dem Verſtande des eingeführten Rechts die Frage entſtanden. Meines Ermeſſens kan die Ingroſſation der Hypothecarum legalium Nutzen ſchaffen, wenn ein Debitum certum fürhanden, nicht aber in andern Fällen. Wird gleich dem Gerichtsbuch einverleibet, daß eines Vormunds Güter ſeinen Pflegbefohlnen,

nen, oder das Vermögen desjenigen, der ſich mit dem Fiſco einläſſet, demſelben verhaftet iſt, ſo erlanget dadurch niemand Nachricht: Ob dieſe Leute Credit verdienen oder nicht? weil man unwiſſend bleibet, was ſie ſchuldig ſind, oder künftig ſchuldig werden mögten. Gleichwohl ſcheinet es dem gemeinen Weſen nachtheilig zu ſeyn, die Forderungen des Fiſci und der Pupillen allen åltern Hypotheken nachzuſetzen, welche insgeſamt publicæ ſeyn würden, dafern nur die ingroßirte Kraft haben.

XX. Bedenken.

Wer Korn auf dem Felde kaufet, muß die Gefahr übernehmen durch Unglücksfälle darum zu kommen, wenn er gleich mittelſt des Handels nur ſein dem Verkäufer hergeſchoſſenes Geld in Sicherheit zu ſtellen geſuchet.

Titius, welcher Geldes benöthiget war, überredete Cajum dadurch, ihm damit auszuhelfen, daß er demſelben die auf ſeinem gepachteten Lande gewachſene Früchte dergeſtalt verkaufte, daß ihm ſelbige, wenn das Geld vor der Erndte nicht wieder bezahlet würde, verbleiben, ſie jedoch taxiret, und was das Taxatum mehr als das empfangene Geld ſamt den Zinſen beträget, dem Verkäufer heraus gegeben werden ſolle. Bey der franzöſiſchen Invaſion ſind dieſe Früchte vom Felde durch den Feind wegfouragiret. Daher entſtunde die Frage: Wer den Schaden übernehmen müſſe? Dem Käufer Cajo ſcheinet zu ſtatten zu kommen, daß hier in der That ein Anlehn, und keine Emtio ſpei fürhanden, weil Cajus kein mehres, als ſein Capital cum uſuris zurück erhalten ſollen; Daher nicht gläublich, daß deſſen Abſicht geweſen, die Gefahr zu übernehmen, und alſo deterioris conditionis, wie andere Creditores zu ſeyn, weil ihm vielmehr durch den Verkauf gröſſere Sicherheit verſchaffet, und er auſſer der Gefahr geſetzet werden ſollen, mit andern Gläubigern über der Priorität ſtreiten zu müſſen. Magis autem inſpicitur, id quod in veritate agitur, quam quod ſimulate concipitur (a). Dieſes hat nun zwar ſeine Richtigkeit, wenn ein verbotener Handel dadurch gerechtfertiget werden will, daß man ihm einen andern Namen beyleget, und z. E. um die uſurariam pravitatem zu beſchönigen, den Contractum pignoratitium einen Wiederkauf nennet, weil ſolches in fraudem legis geſchiehet, und dadurch den Wucherern Thür und Thor geöfnet wird, bedürftige Schuldner zu Grunde zu richten. Eine andere Bewandniß hat es aber, wenn man erlaubte Contracte geſchloſſen, zwar in der Abſicht, dem einen Theil

mehre

mehre Sicherheit zu verſchaffen, dieſe aber durch unerwartete Begebenheiten ihm, anſtatt Vortheils, Schaden bringet. Denn hier iſt keine Simulatio, noch der mindeſte Dolus fürhanden, und derjenige, welcher durch die Wahl des Negotii ſich geſchadet hat, muß es Niemand, als ihm ſelber beymeſſen. ULPIANUS ſaget in Lib. 9. §. 3. ff. de Pignoratitia actione: Generaliter dicendum erit, quotiens recedere voluit creditor a pignore, videri ei ſatisfactum, ſi, ut ipſe voluit, ſibi cavit, licet in hoc deceptus ſit; worüber FABER in Rationalibus alſo commentiret: Is qui pro pignore aut aliud pignus accipit minoris pretii, aut fidejuſſorem minus idoneum, aut etiam nuda voluntate diſceſſit a pignore, cum falſo crederet, nullum ſibi ex eo damni periculum imminere, cum ſe locupletiorem creditorem habere putaret, non eo minus cenſendus eſt creditor a pignore in perpetuum diſceſſiſſe, ut pignoratitia inde actio naſcatur. Non enim debuit creditor tam facilis eſſe ad ſatisfactionem pro ſolutione admittendam; und STRYCK de Cautelis contractuum Sect. I. Cap. ſ. §. 9. machet hieraus dieſe Folgerung: Qui ſibi hoc vel illo modo cautum eſſe voluit, vel ipſi ſibi cavit, cautione illa contentus eſſe debet, utut ſit deceptus. In contractibus enim alter ſibi imputet, quod alteri permiſerit hac ratione ſibi cavere. Ein Contract iſt für denenjenigen zu halten, wofür ihn die Contrahenten ausgeben (b), mithin, wenn gleich die Abſicht des einen Theils nur auf die Erlangung eines Anlehns gerichtet worden, dennoch ein Wiederkauf fürhanden, dafern das Geſchäfte im Contract alſo genannt iſt, und deſſen Erforderniſſe fürhanden ſind (c), auch das Kaufpretium nicht gar zu gering, und alſo keine uſuraria pravitas für Augen lieget (d). Ein ſolcher Verkauf geſchiehet ſonder Zweifel dem Käufer zum Beſten, und dennoch kan er demſelben groſſen Schaden bringen, weil er die Gefahr übernehmen muß, welches keinem Pfandsinhaber anzumuthen (e). Gleichergeſtalt mag in gegenwärtigem Fall Cajus vom Titio die Erſetzung des Kaufpretii keineswegeſ fordern, da er dieſelbe ſich nicht bedungen hat (f). Es iſt auch dem Weſen eines Kaufcontracts gemäß, daß jener nicht den ganzen Werth der Früchte, ſondern nur das bezahlte Pretium empfangen ſollen, welches zu deſſen Gültigkeit erfordert wurde, weil ſonſt die uſuraria pravitas ihn entkräftet hätte (g).

(a) L. 1. Cod. Plus valere quod agitur &c.

(b) JCti Tubingenſes Tom. II. Conſ. 140. n. 18.

(c) LYNCKER Vol. II. Reſp 36. n. 23. HORN Claſſ. XI. Reſ. 16. n. 23. Reſp. 21. Reſp. 27. n. 3. 4.

(d) Co e-

(d) Coccejus Tom. II. Reſp. 335. n. 6. Boehmer Tom. II. Conſ. 285. n. 13. Leyser Spec. 247. Med. 5. Zoller de Simulatione pacti antichretici dominium in emtorem translatum reſcindente Cap. 3. per tot.

(e) Leyser Spec. 157. pag. 164.

(f) Stryck d. l. Sect. II. Cap. 8. §. 11. Schutte de Eo quod juſtum eſt circa venditionem rerum futurarum §. 20.

(g) Ordinatio politica de 1548. tit. 4. von Verkaufung der Früchte auf dem Felde. Reformatio politica de 1577. tit. 19. Heineccius de Venditione illicita fructuum in herbis §. 16.

XXI. Bedenken.

Ein auſſergerichtlicher Widerſpruch, woran ſich niemand gekehret, interrumpiret keine Præſcriptionem rerum incorporalium.

Es halten einige Rechtslehrer dafür, daß ein auſſergerichtlicher Widerſpruch Præſcriptionem rerum incorporalium interrumpire, weil da derſelben Poſſeſſion ſich allein in patientia des andern Theils gründet, deſſen mit Worten oder Werken geſchehene Widerſetzung dieſelbe hinweg fallen mache. Es ſoll dieſe Meinung fürnemlich der Lib. 2. Cod. de Servitutibus & aqua beſtärken, welcher alſo lautet: Si aquam per poſſeſſionem Martialis eo ſciente duxiſti, ſervitutem exemplo rerum immobilium tempore quæſiiſti. Quod ſi ante id ſpatium ejus uſus tibi interdictus eſt, fruſtra ſumtus in re factos tibi præſtare poſtulas, cum in aliena poſſeſſione operis facti dominium, quod in eadem cauſa manet, ad eum pertinet, cujus eſt poſſeſſio (a). Nun verhindert allerdings ein beſtändiger auſſergerichtlicher Widerſpruch, daß jemand zum Beſitz eines Rechts gelangen kan, und bewahret ihn demjenigen, welcher ſich bisher darin befunden (b). Wer aber geſchehen laſſen, daß ein anderer unwiderſprochene Actus poſſeſſorios verrichtet, der kan ihm durch bloſſe Worte die erworbene Poſſeßion nicht nehmen. Der angeführte Lib. 2. Cod. de Servitutibus & aqua handelt von dem Fall, da derjenige, cui uſus ſervitutis interdictus erat, wohl wuſte, daß er wegen unerfülleter Präſcription in Ermangelung eines Tituli die Poſſeßion nicht behaupten konte, und deswegen nur die aufgewandte Koſten zurück forderte, welche ihm nicht gebühren. Daß eine Denuntiatio extrajudicialis, die den Gegner von ſeinem Unrecht überführet, ihn vielfältig behindert, eine Sache zu präſcribiren, die er lange Jahre beſeſſen hat, leidet keinen Zweifel. Von dieſem Fall iſt aber allhier

die Frage nicht, ſondern von einem Widerſpruch, deſſen ungeachtet der andere glauben kan, das beſte Recht zu haben, und weswegen er fortfähret, ſeine vermeinte Befugniß zu gebrauchen (c). Solchenfalls ſchaden ihm auch keine Pfändungen, wie die Königl. Hannöverſche Juſtitzcanzley am 9. Sept. 1758 in Sachen Schlüter wider Bothmer und Conſorten erkand hat.

(a) STRUV Ex. 43. §. 28. LUDEKING de Uſucapione & præſcriptione Cap. 10. n. 28. WILDVOGEL Reſp. 289. n. 28. RIVINUS de Effectu quaſi interpellationis ſeu legalis & extrajudicialis §. 10.

(b) MEVIUS Part. IV. Dec. 97. num. 5.

(c) Pro defenſione poſſeſſionis noſtræ vel per vim reſiſtendum, vel intra legitimum tempus agendum. KLOCK Tom. I. Conſ. 50. num. 322. 323. Tom. II. Conſ. 39. num. 144. CARPZOV Part. II. Conſt. 7. Def. 8. BRUNNEMANN Conſ. 131. n. 304. LYNCKER de Gravimine extrajudiciali Cap. IX. Part. II. §. 62. WERNHER Part. VI. Obſ. 400. Si autem prohibitus in ſervitute perſeveravit, tanto fortius eſt jus illius FABER in Cod. lib. 3. tit. 24. def. 10. Prohibitionibus hoc ipſo prohibitus contradixiſſe intelligitur, ſi iis non obſtantibus a venatu non deſtitit. HAHN de Jure paſcendi th. 42.

(d) Tum demum dicitur quis amiſiſſe ſervitutem, ſi non revertatur ad uſum Juris, vicini acquieſcendo prohibitioni, unde pignoratio non interrumpit poſſeſſionem, ubi pignoratus, ea non obſtante, continuat actus poſſeſſorios. COLER de Proceſſu executivo Part. I. Cap. 3. num. 147. OCKEL de Præſcriptione immemorali Cap. 9. th. 2. HORN Claſſ. 9. Reſp. 9. num. 4.

XXII. Bedenken.

Zur Legitimation eines Klägers wird der Beweis erfordert, daß nicht mehre, als er angiebet, an der Forderung Theil haben.

Es verneinet LEYSER Spec. 155. Med. 3., eum, qui heredem ſe eſſe docet, unicum eſſe præſumi, tamdiu donec plures adeſſe doceantur (a), und zwar deswegen, weilen niemand anzumuthen, Negativam zu erweiſen. Wie viele Kinder jemand hinterlaſſen hat, ſtehet jedoch gemeiniglich durch Zeugen klar zu machen, und eben ſo bald, daß ihrer nur viere, als daß deren fünf oder ſechſe gewe-

geweſen. Solches kan ein Kläger, der ſeine Anverwandten kennet, leichter thun, als der Beklagte das Gegentheil beybringen. Ueberdem iſt weder der Vernunft, noch den geſchriebenen Rechten gemäß, daß ſo oft jener zum Beweis nicht kommen kann, ihn dieſer übernehmen müſſe, wenn nicht für den Kläger eine ſtarke Præſumtio juris ſtreitet (b), weswegen andere bewährte Rechtslehrer dieſen ſchuldig erkennen, zu erweiſen, daß nicht mehre Intereſſenten vorhanden ſind, die zu der Erbſchaft gehören, wie er angiebet (c), und hat das Königl. Ober-Appellationsgericht zu Celle am 8. Junii 1738 in Sachen der von Münchhauſen Leitzkauiſcher und Schwöbberſcher Linie wider die Gebrüder von Derenthal erkand, „daß appellatiſcher Procurator zu beſcheinigen ſchuldig, daß ſeine Principales, und ihrer nicht mehr, ſowohl männlichen als weiblichen Geſchlechts von Weyl. Johann Derenthal abſtammen, oder daß die übrige auf dieſe Forderung renuntiiret, und ihnen ſolche allein überlaſſen haben„ Eben dieſes geſchahe von der Königl. Hannöverſchen Juſtitzcanzley 1758, welche des Brigadiers Weddig Erben, die ſich zu der Hullerſchen Forderung an das Alt-Braunſchweigiſche Allodium legitimiren ſolten, auferlegt hat, beſſer zu beſcheinigen, daß ihrer nicht mehr fürhanden.

(a) S. auch MASCARD de Probationibus Concl. 1252. n. 6. 8.

(b) BOEHMER I. E. P. lib. 2. tit. 19. §. 7. 8.

(c) LYNCKER Reſol. 695. HOMBORG Reſp. 81. n. 3.

XXIII. Bedenken.

Mit guthsherrlicher Genehmhaltung können im Fürſtenthum Grubenhagen Zubehörungen der Meyergüther veräußert werden, wenn dadurch dem Dienſtherrn nichts entgehet.

Die Befugniß, das Seinige nach Willkühr zu veräußern, klebet gemeiniglich dem Eigenthum an, und der Herr eines Guths mag es ganz verkaufen, oder ſtückweiſe vereinzeln, wenn demohngeachtet die darauf haftende andern gebührende Abgiften und Dienſtleiſtungen erfolgen können. Weil bey gänzlicher Trennung der Ackerhöfe es unmöglich, den Spanndienſt zu leiſten, welchen der Meyer bisher gethan, ſo kann ſie ohne des Dienſtherrn Einwilligung nicht geſchehen. Daß man aber diejenige Stücke vom Hofe nehme, deren Mangel den Inhaber nicht auſſer Stand ſetzet, den Herrendienſt zu thun, iſt er zu behindern unvermögend, wenn nicht die Landesgeſetze dergleichen Veräußerungen

unterſagen. Im Fürſtenthum Grubenhagen mangelt ein ſolches Verbot, mithin kan daſelbſt der Guthsherr, wenn ihm ein Hof erlediget worden, etwas zur eigenen Cultur davon nehmen, und mit dem neuen Meyer ſich vergleichen, daß dieſer, gegen die Erlaſſung eines Theils der Meyerzinſe, den dem Amt ſchuldigen Dienſt leiſte. Die im Grubenhagiſchen geltende Celliſche Policeyordnung von 1618 verbietet zwar den Bauren, ihre Kinder mit Aeckern und Wieſen abzulegen, ſolche zu verkaufen, oder zu verſetzen, nicht aber dem Guthsherrn ein ſolches zu thun, wenn er die freye Diſpoſition vom Hofe erlanget. In der Lüneburgiſchen Reſolution von 1686. §. 6. wird die Policeyordnung ganz recht alſo verſtanden, und erlaubet, Aecker, Wieſen oder andere Pertinenzien der Höfe zu veräußern, wenn es mit des Guthsherrn Einwilligung geſchiehet. Churfürſt Ernſt Auguſts Conſtitution von 1691 (a) betrift hauptſächlich die Cammermeyer. Sie iſt, wie der Geſetzgeber anführet, dadurch veranlaſſet, daß, ohne der Fürſtl. Cammer, der Beamten und übrigen Guthsherren Conſens, Vorwiſſen und Bewilligung, die Ländereyen und Wieſen von den Höfen verſezzet, verpfändet oder verkaufet worden, folglich handelt ſie von keinen mit guthsherrlichen Conſens geſchehenen Veräußerungen. Es heißet darinnen: „Annebſt hat es bey demjenigen ſein Verbleiben, was wegen des guthsherrlichen Conſens die Rechte und Landes Conſtitutiones verordnen.„ Dieſe verbieten aber nirgend mit guthsherrlichen Conſens Pertinenzien der Meyerhöfe zu veräußern (b). In Sachen Krome wider Bandman trat dieſem noch hiebey, daß die Aecker, welche vindiciret werden wolten, bereits vor 1705. durch eine Erbtheilung vom Hofe getrennet worden, und daher allenfalls Beklagter durch Verjährung deren Eigenthum erlanget hatte (c), weswegen von der Königl. Juſtitzcanzley am 16. Septemb. 1758 erkand worden, „daß weil die Rechte und Landes-Conſtitutiones eine von dem Guthsherrn mit des Meyers Genehmhaltung geſchehene Veräuſſerung der Pertinenzien des Meyerhofes, wodurch dem Dienſtherrn nichts entzogen wird, bey Kräften laſſen, auch die 2 Morgen qu. bereits vor 1705 vom Hofe getrennet, und einem Miterben zugetheilet worden, folglich dem Kläger die Exceptio præſcriptionis entgegen ſtehet, ſo ſey Beklagter von angeſtellter Klage zu entbinden.

(a) Chur-Braunſchweig-Lüneburgiſche Landesordnungen. Cap. 5. pag, 100.

(b) Meine Commentation de Jure Villicorum Cap. 3. §. 11. 12.

(c) ENGELBRECHT de Reunione Pertinentiarum §. 28.

XXIV. Bedenken.

Von dem Verkauf eines Fundi dotalis mit der Frauen eidlichen Genehmhaltung.

§. I.

Eine Frau hat an Eidesſtatt in die von ihrem Ehemann geſchehene Veräußerung der Ländereyn, welche ſie ihm zur Zeit der vollgezogenen Ehe zugebracht, gewilliget, und es entſtunde die Frage, ob dieſer Handel zu Recht beſtändig ſey? Nach den römiſchen Geſetzen kan der Ehemann einen Fundum dotalem auch mit gutem Willen ſeiner Ehefrau nicht veräußern (a), und kein verbotener Handel beſtehet, wenn er gleich beſchworen würde (b). Nach den Päpſtlichen Rechten machet aber der Frauen hinzukommende eidliche Bewilligung den Verkauf ihrer unbeweglichen Dotalgüter gültig, und heißet es in Cap. 28. X. de Jurejurando: Cum contingat interdum, quod conſtante matrimonio mulieres alienationibus ſuper rebus dotalibus & donationibus propter nuptias conſentiant, ne ulterius contraveniat proprio ſacramento firmando, ac ſoluto proceſſu temporis matrimonio contravenire nitantur, utrum hoc eis liceat, à nobis tuà fr. requiſivit. Nos autem fr. t. t. r. quod etſi mulierum conſenſus in talibus non videatur obligatorius ſecundum legitimas ſanctiones, ne tali tamen prætextu viam contingat perjuriis aperire, mulieres ipſæ ſervare debent hujusmodi juramenta ſine vi & dolo ſponte præſtita, cum in alterius præjudicium non redundent, nec vergant in diſpendium ſalutis æternæ. Es kömmt alſo lediglich darauf an: Ob in dieſem Fall nach den Römiſchen oder nach den Päbſtlichen Rechten zu erkennen iſt? Den Römiſchen ſcheinet der Vorzug in den Chur-Braunſchweigiſchen Landen zu gebühren, weil unſere Gerichte von den Geſetzgebern angewieſen ſind, nach den Kayſerlichen Rechten ihre Erkenntniſſe abzufaſſen, und ſelbige dem Juri Canonico nimmer ausdrücklich eine geſetzliche Kraft beygeleget haben (c). Deſſen Verordnungen könten alſo nur als Gewohnheiten gelten, welche nicht zu vermuthen, ſondern von demjenigen, der ſich darin gründet, zu erweiſen ſind, und dieſer Beweis fällt ſo viel ſchwerer, weil gerichtliche Erkenntniſſe kein Recht machen (d). Beſage des Lib. 38. ff. de Legibus hatte zwar bey den Römern die Autoritas rerum perpetuo judicatarum vim legis, diejenige, welche ſolche Urtheile ſprachen, aber mehre Gewalt, als unſere Gerichte. Die Reſcripta und Decreta wurden den Conſtitutionibus univerſalibus beygezehlet, und ſo lange der Status popularis daurete, billig ex tacito populi conſenſu ein Lex tacita gefolgert. (e). Die Judices pedanei entſchieden gemeiniglich nur Quæſtiones facti, und die

Vermöge der üblichen Päbſtlichen Rechte iſt die Veräußerung des Fundi dotalis gültig, wenn die Frau eidlich darin gewilliget hat.

 Prætores

Prætores quæſtiones juris. Dieſe aber hatten Theil an der legislatoria poteſtate (f), welche unſern Richtern mangelt (g). Solchen allen ohngeachtet halte ich dafür, daß der gegenwärtige Handel nach dem Cap. 28. X. de Jurejurando zu entſcheiden. Es ſind, wie ich ſchon anderwärts bemerket habe, die fremde Rechte bey uns nicht willkührlich angenommen, ſondern man hielte zur Zeit ihrer Einführung den Pabſt für das geiſtliche, und den Kayſer für das weltliche Haupt der Chriſtenheit, mithin dieſen fur einen Nachfolger in der Regierung derjenigen Kayſer, welche die Römiſche Geſetze verfaſſet haben (h), und glaubte daher verbunden zu ſeyn, ſelbigen gemäß zu handeln, und zu erkennen. Der Pabſt führte zwar nur in Teutſchland das Kirchenregiment. Unter dem Vorwand, daß ihm obläge, alle Sünden und Ungerechtigkeiten zu behindern, zoge er aber einen groſſen Theil des weltlichen Regiments an ſich, und nöthigte ſo gar die Layen, auch weltliche Händel, von den geiſtlichen Richtern entſcheiden zu laſſen (i). Inſonderheit räumte man ihm die Gewalt ein, diejenige Geſetze zu ändern, welche Sünden veranlaſſeten, und wodurch alſo die Menſchen in Seelengefahr geriethen (k). Da nun Meineide grobe Sünden ſind, und die von dem bisherigen Gebrauch abweichende Römiſche Geſetze anfangs wenig teutſchen Richtern gefielen, den Doctoribus utriusque juris es auch nur darum zu thun war, einen Caſum in terminis zu finden, und dieſen das Jus Canonicum eben auch darreichte, ſo iſt zu vermuthen, daß die dem Teutſchen Herkommen gemäße päbſtliche Verordnungen die Einführung manchen Römiſchen Geſetzes behindert haben, und nicht daran zweifeln, wenn Præjudicia ergeben, daß nach jenen bisher erkand worden. Selbige machen kein allgemeines Recht, dafer ſie ſich auf einige irrige Deutung der Geſetze gründen, weil daraus, daß der Landesherr ſolche Erkenntniſſe ohne Prüfung gelten laſſen, nicht folget, daß er ihnen Vim legis beygeleget hat, ſondern daß er dafür gehalten, ſie wären dem Sinn der Rechte gemäß. Verſtattet derſelbe aber, daß die Rechtshändel nach einem fremden Geſetz entſchieden werden, ſo muß er ſolches wenigſtens auf gewiſſe Maaße für ein Landesgeſetz erkennen, oder ganz unverantwortlich verſtatten wollen, daß ſeinen Unterthanen die Juſtiz nicht gebührend gehandhabet werde, welches letztere keinesweges zu vermuthen. Allerdings bleibet das Römiſche Recht die Regel und Richtſchnur, aber mit der Einſchränkung, welche ſelbſt die Kayſer ſich gefallen laſſen, daß die, ihrer Meinung nach, zu Beruhigung der Gewiſſen gereichende Verordnungen des Päbſtlichen Rechts, welche verhindern, daß man ſündiget, anbey beobachtet, und den Römiſchen vorgezogen werden ſollen. Sie ſelbſt haben befohlen, daß das Corpus juris civilis & canonici allemal auf der Reichs-Hofrathstafel ſeyn ſolle, damit man ſich derſelben gebrauchen könne, beſage

der

der Reichs Hofraths Ordnung in fine. Daß unſere Gerichte die nach den Römiſchen Rechten nichtige Verheißungen der Weiber für verbindlich erkennen, wenn ſie beſchworen ſind, ſetzet die tägliche Praxis außer Zweifel (l), und inſonderheit bezeugen die Rechtslehrer den Gebrauch des Cap. 28. X. de Jurejurando in Teutſchland (m).

(a) pr. I. Quibus alienare licet vel non licet L. un. §. 15. Cod. de Rei uxoriæ actione.

(b) L. 7. §. 16. ff. de Pactis. L. 5. §. 1. Cod. de Legibus. LUDOVICI Omne juramentum ſervandum eſſe, quod ſalva ſalute æterna ſervari poteſt §. 26.

(c) ENGELBRECHT de Genuinis deciſionum Fontibus in terris Brunſuico-Luneburgicis §. 20.

(d) GRIEBNER de Obſervantiis Collegiorum Juridicorum §. 16. 30. ENGELBRECHT de Diſtinctione inter theoriam & praxin §. 28. HOFMAN de Jure conſuetudinis Cap. 1. §. 17. PUFENDORF Introd. in proc. civ. Part. III. Cap. 22. §. 16. HERTIUS Vol. I. Reſp. 457. num. 2. KRAUS de arbitrio Judicis reſtricto §. 42.

(e) GRIEBNER d. l. §. 24. 25.

(f) NOODT de Jurisdictione & imperio lib. I. cap. 7. 8.

(g) von SELCHOW Elem. antiquit. Juris Romani Part. I. §. 210. 211. 213.

(h) Meine Nebenſtunden Part. V. p. 12. 13.

(i) Meine Obſervationes Juris & Hiſtoriæ Germanicæ Obſ. 6.

(k) EYBEN de Origine, progreſſu, uſu, & autoritate Juris Canonici in terris Proteſtantium §. 18. BOEHMER I. E. P. Lib. I. tit. 2. §. 71. 73.

(l) Herr Ober-Appellationsrath PUFENDORF Part. I. Obſ. 43. §. 1.

(m) LAUTERBACH de Fundo dotali §. 34. STRYCK u. M. ff. tit. de Fundo dotali §. 5. BOEHMER d. l. lib. 2. tit. 24. §. 32.

§. II.

Der Verkauf kan alſo durch der Frauen Eid Kraft erlangen. Es iſt aber zweifelhaft: Ob ein mit den Worten: So wahr mir Gott helfe, und ſein heiliges Wort; geleiſteter Eid erfordert werde, oder ob es genug iſt, daß die Frau an wirklichen Eidesſtatt ihren Beneficiis juris renuntiiret hat? Das erſte mögte man deswegen dafür halten, weil da vermöge des Juris Canonici die

Auch wenn die Frau an Eides ſtatt ihren Beneficiis Juris entſaget hat.

an ſich nichtige Verträge Kraft erlangen, wenn ſie beſchworen werden, ſolcher Eid in forma Juris Canonici zu leiſten ſey, die in ſelbigen gebrauchte Formul aber alſo lautet: Sic me Deus adjuvet (a). Eine Handlung, welche anſtatt einer andern Handlung geſchiehet, iſt auch nicht dieſelbe Handlung, ſondern von ihr unterſchieden.

Allein obgleich in Jure Canonico Cap. 5. 7. 11. Cauſ. 35. qu. 6. den Biſchöffen und geiſtlichen Richtern eine gewiſſe zu gebrauchende Eidesformul vorgeſchrieben worden, ſo folget doch daher nicht, daß man ſich durch keine andere jemand verbindlich machen könne. Die Abſicht des päbſtlichen Rechts gehet dahin, daß Meineide vermieden werden mögen. Wer kan aber zweifeln, daß ſelbige auch diejenige begehen, welche ſich mit andern Worten der göttlichen Strafe unterwürfig machen, wenn ſie ihrem Verſprechen zuwider handeln, und gleichwol ſolches thun? Wer kan denn glauben, daß die Päbſte dieſen Behelf gebilliget haben?

Was den Verſtand der Worte an Eidesſtatt betrifft, ſo muß die Abſicht der contrahirenden Theile ſolchen ergeben. Enthalten ſie keinen Eid, alsdenn ſind dieſelbe ganz überflüßig, und ohne die mindeſte Wirkung, welches nimmer zu vermuthen. Vielmehr will man mittelſt ſelbiger dem Geſchäfte die Kraft beylegen, welche ein mit aufgehabenen Fingern geſchworner Eid wirket. An deſſen Statt geſchiehet dergleichen Verheißung, welche nichts anders bedeuten kan, als daß derjenige, ſo etwas verſpricht, ſich des den Menſchen unentbehrlichen göttlichen Beyſtandes für verluſtig erkläre, dafern er ſeinem Verſprechen zuwider handelt. Ein ſolcher verſündiget ſich ſo ſehr, als wenn er die gewöhnliche Eidesformul gebrauchet. Das Königl. Ober-Appellationsgericht erfordert zur Renunciation der weiblichen Gerechtigkeiten kein Juramentum corporaliter præſtitum, noch eine ſolennem jurisjurandi formulam (b), und viele bewährte Rechtslehrer ſind der Meynung, daß die Worte an Eidesſtatt ein Juramentum enthalten. (c).

(a) Herr B. von CRAMER de Pacto hereditario renuntiativo filiæ nobilis §. 19. Opusc. T. I. pag. 50. LEYSER Spec. 45. – 2. Spec. 134. Coroll. 2. Spec. 171. Coroll. 3. STURM de Uxoris correali cum marito in uno eodemque documento obligatione Cap. 2. §. 9.

(b) Herr PUFENDORF d. l. §. 2.

(c) STRYCK U. M. ff. tit. de Jurejurando §. 14. COCCEIUS Jur. controv. d. t. qu. 9. BOEHMER I. E. P. Lib. 2. tit. 24. §. 5. GRIEBNER in Princip. jur. nat. lib. I. Cap. 7. §. 10. n. 5.

XXV. Bedenken.

Wer an der vollen Maſt ein Recht hat, von dem iſt nicht immer zu vermuthen, daß es ihm an der halben Maſt zuſtehe.

Wenn jemand die Maſtgerechtigkeit ertheilet worden, ohne eine gewiſſe Art der Maſt auszudrücken, ſo wird gefraget: Ob ſolches nur von der vollen Maſt, oder auch von der $\frac{3}{4}$ $\frac{1}{2}$ $\frac{1}{4}$ und Sprangmaſt zu verſtehen ſey? HEUSER im Tractat de Eo quod juſtum eſt circa jus glandis legendæ §. 37. ſchränket es auf die volle Maſt ein, und zwar deswegen, weil 1) die halbe und geringere Maſt zum Unterhalt der wilden Thiere nöthig, auch 2) eine jede Servitus ſtricte zu erklären ſey. Die erſte Urſach findet an den Orten keine Zueignung, wo es dem Wilde an Nahrung nicht fehlet, oder die halbe Maſt von des Waldherrn eigenen, oder für Geld in die Hölzer genommenen Schweinen verzehret wird. Die zweyte hat vielfältig guten Grund. Die Maſtgerechtigkeit pfleget eine Zubehörung der Baurengüther zu ſeyn, welche zu deren Erhaltung nicht ohnumgänglich nöthig, jedoch zum beſſern Auskommen des Coloni denen Höfen beygeleget worden. Dergleichen Conceſſiones und Gerechtigkeiten auf eines andern Grund und Boden ſind allerdings ſtricte zu erklären (a), und wer beym groſſen Ueberfluß ſeinen Hinterſaſſen etwas mitzutheilen verſpricht, von dem iſt nicht zu vermuthen, daß er ſich anheiſchig mache, ein gleiches zu thun, wenn Mangel fürhanden, und er für ſeine eigene Schweine der Maſtung bedarf, oder auch, um den Schaden zu erſetzen, den ihm der Abgang der vollen Maſt verurſachet, die fürhandene wenige höher auszubringen ſuchen muß. Die Magdeburgiſche Regierung erkandte 1699, „ daß weil der Rath und die Stadt Aken in ihrem Beweis nicht ausgeführet, daß ſie bey halber oder Sprangmaſt einige Schweine einzutreiben befugt, ſie ſich deſſen nunmehro gänzlich zu enthalten ſchuldig (b).„ Das Herkommen iſt die beſte Auslegerin der Verträge, daher ſelbiger gemäß dergleichen Streitigkeiten entſchieden werden müſſen. Die Herren von Adelepſen haben ſich mit ihren Gerichtsunterthanen 1652 dahin verglichen, daß dieſe bey voller Maſt eine gewiſſe Anzahl Schweine in ihre Hölzer, gegen Entrichtung 2 Himten Haber vor jedes Schwein, zu treiben berechtiget ſeyn ſollen. Wegen der halben Maſt war nichts feſtgeſtellet. Die Dorfſchaft Lodingſen wolte aber behaupten, daß ſie von undenklichen Jahren, wenn halbe Maſt geweſen, von jedem Schweine niemals mehr als 1 Rthl. Maſtgeld gegeben, und weigerte ſich, es erhöhen zu laſſen. Weil aber 1) ſolchergeſtalt die halbe Maſt theurer bezahlet war, als die volle, welches keine andere Urſach ha-

an ſich nichtige Verträge Kraft erlangen, wenn ſie beſchworen werden, ſolcher Eid in forma Juris Canonici zu leiſten ſey, die in ſelbigen gebrauchte Formul aber alſo lautet: Sic me Deus adjuvet (a). Eine Handlung, welche anſtatt einer andern Handlung geſchiehet, iſt auch nicht dieſelbe Handlung, ſondern von ihr unterſchieden.

Allein obgleich in Jure Canonico Cap. 5. 7. 11. Cauſ. 35. qu. 6. den Biſchöffen und geiſtlichen Richtern eine gewiſſe zu gebrauchende Eidesformul vorgeſchrieben worden, ſo folget doch daher nicht, daß man ſich durch keine andere jemand verbindlich machen könne. Die Abſicht des päbſtlichen Rechts gehet dahin, daß Meineide vermieden werden mögen. Wer kan aber zweifeln, daß ſelbige auch diejenige begehen, welche ſich mit andern Worten der göttlichen Strafe unterwürfig machen, wenn ſie ihrem Verſprechen zuwider handeln, und gleichwol ſolches thun? Wer kan denn glauben, daß die Päbſte dieſen Behelf gebilliget haben?

Was den Verſtand der Worte an Eidesſtatt betrifft, ſo muß die Abſicht der contrahirenden Theile ſolchen ergeben. Enthalten ſie keinen Eid, alsdenn ſind dieſelbe ganz überflüßig, und ohne die mindeſte Wirkung, welches nimmer zu vermuthen. Vielmehr will man mittelſt ſelbiger dem Geſchäfte die Kraft beylegen, welche ein mit aufgehabenen Fingern geſchworner Eid wirket. An deſſen Statt geſchiehet dergleichen Verheißung, welche nichts anderſt bedeuten kan, als daß derjenige, ſo etwas verſpricht, ſich des den Menſchen unentbehrlichen göttlichen Beyſtandes für verluſtig erkläre, dafern er ſeinem Verſprechen zuwider handelt. Ein ſolcher verſündiget ſich ſo ſehr, als wenn er die gewöhnliche Eidesformul gebrauchet. Das Königl. Ober-Appellationsgericht erfordert zur Renunciation der weiblichen Gerechtigkeiten kein Juramentum corporaliter præſtitum, noch eine ſolennem jurisjurandi formulam (b), und viele bewährte Rechtslehrer ſind der Meynung, daß die Worte an Eidesſtatt ein Juramentum enthalten. (c).

(a) Herr B. von CRAMER de Pacto hereditario renuntiativo filiæ nobilis §. 19. Opusc. T. I. pag. 50. LEYSER Spec. 45. [illegible] 2. Spec. 134. Coroll. 2. Spec. 171. Coroll. 3. STURM de Uxoris [illegible]rreali cum marito in uno eodemque documento obligatione Cap. 2. §. 9.

(b) Herr PUFENDORF d. l. §. 2.

(c) STRYCK U. M. ff. tit. de Jurejurando §. 14. COCCEIUS Jur. controv. d. t. qu. 9. BOEHMER I. E. P. Lib. 2. tit. 24. §. 5. GRIEBNER in Princip. jur. nat. lib. I. Cap. 7. §. 10. n. 5.

XXV.

XXV. Bedenken.

Wer an der vollen Maſt ein Recht hat, von dem iſt nicht immer zu vermuthen, daß es ihm an der halben Maſt zuſtehe.

Wenn jemand die Maſtgerechtigkeit ertheilet worden, ohne eine gewiſſe Art der Maſt auszudrücken, ſo wird gefraget: Ob ſolches nur von der vollen Maſt, oder auch von der $\frac{3}{4}$ $\frac{1}{2}$ $\frac{1}{4}$ und Sprangmaſt zu verſtehen ſey? HEUSER im Tractat de Eo quod juſtum eſt circa jus glandis legendæ §. 37. ſchränket es auf die volle Maſt ein, und zwar deswegen, weil 1) die halbe und geringere Maſt zum Unterhalt der wilden Thiere nöthig, auch 2) eine jede Servitus ſtricte zu erklären ſey. Die erſte Urſach findet an den Orten keine Zueignung, wo es dem Wilde an Nahrung nicht fehlet, oder die halbe Maſt von des Waldherrn eigenen, oder für Geld in die Hölzer genommenen Schweinen verzehret wird. Die zweyte hat vielfältig guten Grund. Die Maſtgerechtigkeit pfleget eine Zubehörung der Baurengüther zu ſeyn, welche zu deren Erhaltung nicht ohnumgänglich nöthig, jedoch zum beſſern Auskommen des Coloni denen Höfen beygeleget worden. Dergleichen Conceſſiones und Gerechtigkeiten auf eines andern Grund und Boden ſind allerdings ſtricte zu erklären (a), und wer beym groſſen Ueberfluß ſeinen Hinterſaſſen etwas mitzutheilen verſpricht, von dem iſt nicht zu vermuthen, daß er ſich anheiſchig mache, ein gleiches zu thun, wenn Mangel fürhanden, und er für ſeine eigene Schweine der Maſtung bedarf, oder auch, um den Schaden zu erſetzen, den ihm der Abgang der vollen Maſt verurſachet, die fürhandene wenige höher auszubringen ſuchen muß. Die Magdeburgiſche Regierung erkandte 1699, „daß weil der Rath und die Stadt Aken in ihrem Beweis nicht ausgeführet, daß ſie bey halber oder Sprangmaſt einige Schweine einzutreiben befugt, ſie ſich deſſen nunmehro gänzlich zu enthalten ſchuldig (b).„ Das Herkommen iſt die beſte Auslegerin der Verträge, daher ſelbiger gemäß dergleichen Streitigkeiten entſchieden werden müſſen. Die Herren von Adelepſen haben ſich mit ihren Gerichtsunterthanen 1652 dahin verglichen, daß dieſe bey voller Maſt eine gewiſſe Anzahl Schweine in ihre Hölzer, gegen Entrichtung 2 Himten Haber vor jedes Schwein, zu treiben berechtiget ſeyn ſollen. Wegen der halben Maſt war nichts feſtgeſtellet. Die Dorfſchaft Lodingſen wolte aber behaupten, daß ſie von undenklichen Jahren, wenn halbe Maſt geweſen, von jedem Schweine niemals mehr als 1 Rthlr. Maſtgeld gegeben, und weigerte ſich, es erhöhen zu laſſen. Weil aber 1) ſolchergeſtalt die halbe Maſt theurer bezahlet war, als die volle, welches keine andere Urſach ha-

ben kan, als daß man für jene von den Hinterſaſſen gefordert hat, was von fremden unberechtigten zu erlangen geweſen; Ueberdem 2) nicht zu erſinnen, warum der Receß von 1652 jenen die Maſtgerechtigkeit nur bey voller Maſt einräumet, wenn ſie denſelben auch bey der halben gebühret, mithin es eine Res meræ facultatis iſt, wenn der Waldherr ſich bisher mit 1 Rthlr. Maſtgeld vergnüget hat, ſo wurde ſelbiger von der Königl. Hannöverſchen Juſtizcanzley 1758 von angeſtellter Klage losgeſprochen.

(a) Meine Comm. de Jure Villicorum Cap. 3. §. 10.

(b) HEROLD Obſ. foreſt. 14. in Fritſchii Corpore Juris venatorio foreſt. pag. 1207.

XXVI. Bedenken.

Von den Pflichten unter des Feindes Bothmäßigkeit gerathener Unterthanen, gegen ihren rechtmäßigen Herrn.

Nach der Franzöſiſchen Occupation der Chur-Braunſchweigiſchen Lande hat man einigen Eingeſeſſenen derſelben beygemeſſen, daß ſie ſich vom Feinde wider ihren rechtmäßigen Herrn gebrauchen laſſen, indem ſie jenen Nachrichten ertheilet, welche dieſem Schaden gebracht, Pferdelieferungen für die Franzöſiſche Armee übernommen, und ſonſt aus Gewinnſucht den Franzoſen Vortheil geſchaffet hätten. Nun müſſen zwar die Einwohner eines Landes auch einem unrechtmäßigen Beſitzer deſſelben Gehorſam leiſten, weil die gänzliche Verheerung nicht anderſt abgewendet werden mag, und eine unvernünftige Widerſpenſtigkeit, anſtatt dem rechtmäßigen Herrn des Landes zu helfen, ihm ſchadet, wenn er Hoffnung hat, wieder zum Beſitz deſſelben zu gelangen (a). Es hält J. S. STRYCK de Remiſſione juramenti obſequii C. 3. §. 3. dafür, ſi talis mutatio reipublicæ accidat, quæ domini poteſtatem plane evertat, civitatis vero debellator vi juris, quod ipſi ex victoria & inde adepta poſſeſſione naſcitur, ad fidelitatem ſubditos adigat, excuſandos non minus eos, quam Vaſallos, qui amiſſo feudo fidelitatis nexu ſolvuntur. Er ſetzet aber den äuſſerſten Zwang voraus, und daß die bloſſe Eroberung des Landes die Pflichten der Unterthanen gegen ihren rechtmäßigen Landesherrn nicht aufhebet, haben die Europäiſche Völker erkand, indem ſie lange nach der Occupation durch Friedensſchlüſſe ſelbige ſolcher Pflichten entlediget. Es heiſſet im Münſterſchen Frieden §. 78.: Imperator, imperium & Dominus Archidux Oenipontanus Ferdinandus Carolus reſpective exſolvunt ordines, magis-

magiſtratus; officiales & ſubditos ſingularum ſupradictarum ditionum ac locorum vinculis & ſacramentis, quibus *hucusque* Domui Auſtriacæ obſtricti fuerunt, eosque ad ſubjectionem, obedientiam & fidelitatem Regi regnoque Galliæ præſtandam remittunt obligantque; auch im Pyrenäiſchen Frieden Art. 49., daß die Unterthanen der gemeldeten Länder, Städte und Güter, ſo der Cron Frankreich ſind, wie obgemeldet, cediret und überlaſſen worden, ſollen ſeyn und bleiben, *jetzt und zu ewigen Zeiten*, quit und frey von der Treu, Pflicht, Dienſt und Eid des Gehorſams, welche ſie ſämtlich und ein jeder vor ſich den Catholiſchen Königen gethan haben. Will auch der Catholiſche König, daß die gemeldete Treue, Pflicht und Eid des Gehorſams und Treue ſollen nichtig und von keinen Kräften ſeyn und verbleiben, als wenn ſie niemals wären geſchehen, noch geleiſtet worden (b); und im Oliviſchen Frieden von 1600: „Es werden auch hiemit alle Stände und Unterthanen in oberwehnten Liefland und demſelben anhängenden Orten alles Gehorſams, Treue und Eidespflicht, damit ſie *bisher* dem König und der Cron Pohlen verpflichtet geweſen, entlaſſen und davon frey geſprochen (c); *Imgleichen* in dem Frieden zu St. Germain von 1679 Art. 11.: Conſentit quoque Rex Sueciæ, ut omnes homines, Vaſalli & ſubditi dictorum locorum, urbium & ditionum per præſentem tractatum altememorato Electori Brandenburgenſi ceſſorum *ex nunc* & in perpetuum immunes & abſoluti ſint maneantque a fide & homagio, ſervitiis & juramento fidelitatis, quod ipſi præſtitiſſe potuerunt (d). Deſſen hätte es nicht bedurft, wenn die Einwohner eines eroberten Landes ipſo occupationis facto von der Verbindlichkeit frey würden, worin ſie bisher gegen ihren Landesherrn geſtanden. Das gemeinſame Intereſſe der Staaten erlaubet ihnen nicht, dieſes Principium anzunehmen, und die Homagialpflicht ſo ſehr einzuſchränken. In einem Königl. Preußiſchen an die Preußiſche Unterthanen in Schleſien am 24. Oct. 1758 ergangenen Patent wird mit gutem Grunde behauptet, „daß wenn ſchon der Feind in ein oder anderer Gegend eine Zeitlang die Ueberhand hat, ſie deswegen doch von ihrer natürlichen Pflicht keinesweges entbunden ſind, als welches nicht anders, als durch feyerliche Tractaten geſchehen könne.„ Nur die Unmöglichkeit und der Zwang entſchuldiget es, daß ſelbige nicht erfüllet wird (e). Es iſt ſolchemnach unrecht und ſtrafbar, wenn man freywillig dazu etwas beyträget, daß der Feind in den Stand geſetzet werde, ſeine Uſurpation zu behaupten, jedoch ſolches nicht jedesmal ein Crimen perduellionis. Denn dazu wird des Unterthanen hoſtilis animus erfordert, welchen man nicht immer demjenigen beylegen kan, der dem Feinde auf Befragen Nachrichten ertheilet hat, bevorab, wenn er ſie doch in Erfahrung bringen können, auch wenn nicht abzuſehen iſt, was für Vortheil den Unterthanen der feindlichen Waffen

glücklicher Succeß bringen können, welchenfalls zu vermuthen, daß aus Furcht zur eigenen Conſervation ſolche Eröfnungen geſchehen. Zwang und Furcht befreyen aber von dem Crimine perduellionis (f).

Hätte ſich jedoch eine obrigkeitliche Perſon ohne Nothwendigkeit geſchäftig erwieſen, die Gunſt der Franzoſen auf Koſten ihres Landesherrn gewinnen, wenn es auch aus unzeitiger Furcht geſchehen, ſo hätte ſie dem geleiſteten Homagio zuwider gehandelt.

Wer ſich für Geld als ein Spion gebrauchen laſſen, iſt ein wahrer Landesverräther, und als ein ſolcher zu beſtrafen.

Wer ohne Nothwendigkeit dem Feinde etwas verkaufet, welches ihn im Kriege ſtärket, und er nicht überall haben kan, handelt ſeiner Unterthanen Pflicht zuwider, die demſelben nicht verſtattet, ſchnöden Gewinnſtes halber ſeinem Landesherrn zu ſchaden, indem er deſſen Feinde die Mittel darreichet, den Krieg fortführen zu können. Einem Pferdehändler von Profeßion iſt jedoch ſolches erlaubet, wenn er, ohne ſich in Gefahr zu ſetzen, nicht verweigern kan, mit dem Feinde zu handeln. Die an die franzöſiſche Magazine geſchehene Lieferungen haben auch dem Lande mehr Vortheil als Schaden gebracht, maſſen dadurch die verderbliche Fouragirungen verhindert worden, und ſind ſie daher nicht ſtrafbar.

(a) BYNCKERSHOECK Quæſt. Jur. publ. Lib. 2. Cap. 25. §. 3. GLAFEY Recht der Vernunft lib. 6. Cap. 6. §. 77. p. 198.

(b) Theatrum Europ. Part. VIII. p. 1201.

(c) Ibid. Pag. 1257.

(d) PUFENDORF Rer. Brandenburg. Lib. 17. §. 80.

(e) Sam. COCCEIUS de Regimine uſurpatoris Rege ejecto §. 56.

(f) Herr MEISTER Princip. Jur. Crim. p. 62. KNORRE de Feſtinata urbis deditione §. 8.

XXVII. Bedenken.

Von der Aufhebung eines Fideicommiſſi durch Verträge.

§. I.

Es iſt eine der ſtreitigſten Rechtsfragen: In welchen Fällen ein Fideicommiſs durch Verträge, der Nachkommenſchaft zum Schaden, aufgehoben werden möge? Sehr viele halten dafür, ſolches könne überall nicht geſchehen, und auch die zur Zeit der Veräußerung eines Fideicommiſs-Guths noch nicht gebohrne wären befugt, es wieder zu fordern, weil der Verkäufer nur ſeinem Recht entſagen möge, und denen Nachkommen zu nehmen unbefuget ſey, was ſie nicht von ihm, ſondern von demjenigen erlanget, der das Fideicommiſs errichtet hat (a). Der L. 129. §. 1. ff. de Legatis 1. und LXI. Cod. de Fideicommiſſis erlauben zwar eine Veräußerung, omnibus quibus fideicommiſſum relictum eſt, conſentientibus, und in Nov. 159. Cap. 3. werden Fideicommiſs-Erben mit der Revocationsklage abgewieſen, quia ipſi res ſuas abalienaverint, & reliquorum quodammodo alienationibus conſenſerint, mithin legen die Geſetze einem ſolchen Conſens Kraft bey. Allein wenn gleich die Conſentientes ihr eigenes Factum nicht anfechten können, ſo mögen es doch ihre Kinder thun, von deren Rechten die angeführte Geſetze keinesweges handeln. Einige ſchließen von den Lehnen auf die Fideicommiſſa, und halten dafür, daß wenn ſchon der Sohn des Vaters Erbe nicht worden, ſelbiger dennoch deſſen Verzicht nachkommen müſſe, weil er vom Vater nach deſſen Tode das Succeßionsrecht allererſt erlange, welches nicht geſchehe, wenn dieſer ſich ſeines Rechts begeben, und es alſo auf den Sohn nicht vererbfällen können (b). Iſt aber ein Erbe ſchuldig, die Bedingungen zu erfüllen, unter welchen ihm der Erblaſſer das Seinige vermachet hat, ſo iſt es eine ungültige Handlung, wenn er ſeinem Sohn durch Veräußerungen dasjenige zu entziehen ſuchet, ſo er ihm nach ſeinem Tode zu hinterlaſſen angewieſen war. Mit den Lehnen hat es eine andere Bewandniß. Der Sohn erlanget ein Recht daran, durch den zwiſchen dem Lehnsherrn und ſeinen Vaſallen errichteten Contract. Dieſe haben ſich nicht verbindlich gemachet, ihn nimmer aufzuheben, mithin widerfähret den Kindern kein Unrecht, wenn ſolches geſchiehet. Hingegen enthalten Fideicommiſſa familiæ eine prohibitionem alienationis desjenigen, von welchem der Fideicommiſs-Erben Recht herrühret, und wer ſolche vornimt, handelt offenbar wider den Willen des Fideicommittentis; daher denn auch die mehreſte heutige Rechtslehrer dafür halten, daß die Kinder einen Contract, mittelſt

Die Kinder können eine Handlung vernichtigen, mittelſt welcher ihr Vater Fideicommiſs-Güther abhanden gebracht hat.

telſt deſſen ihr Vater die Fideicommiſs-Güther ab Händen gebracht, wohl anfechten können, wenn ſie ſeine Erben nicht worden. (c).

(a) LUDOLF Symph. Vol. III. Conſ. 25. p. 856. Comes de OETTINGEN de Fideicommiſſis Cap. 3. pag. 237. 238. HERTEL de alienatione fideicommiſſorum familiæ vel omnibus etiam de ea conſentientibus illicita per tot. Herr B. von CRAMER Obſ. III. §. 7.

(b) LUDOLF de Introductione juris primogenituræ part. Spec. §. 6. n. II.

(c) BOEHMER Tom. I. Part. II. Reſp. 87. n. 33. Tom. II. Reſp. 770. n. 22. 23. LEYSER Spec. 403. Med. 5.

§. II.

Es wäre denn, daß ſie ſeine Erben worden.

Hingegen will man ſolches nicht verſtatten, wenn ſie die väterliche Erbſchaft angetreten; wowider aber andere einwenden, daß ein an ſich nichtiges Factum des Vorfahren, auch den Erben keinesweges verbinde (a). Das Gegentheil erhellet jedoch aus folgender Diſpoſition des Lib. 14. Cod. de Reivindicatione: Cum à matre domum filii, te ſciente, comparaſſe proponas, adverſus eum dominium vindicantem, ſi matri non ſucceſſit, nulla de exceptione tueri potes. Quod ſi venditricis obtinet hereditatem, doli mali exceptione, pro qua portione hereditas ad eum pertinet, uti non prohiberis. Der Verkauf eines fremden Guths iſt an ſich nichtig, und doch ſoll ihn der Sohn gelten laſſen, ſo fern er ſeiner Mutter Erbe worden. Es iſt ein Unterſchied zu machen, ob das angefochtene Factum nur den Erben, oder einem Dritten ſchadet. Jener muß entweder die Erbſchaft fahren laſſen, oder billigen, was ſein Erblaſſer gethan, jedoch nur ſo fern, als das Fideicommiſs-Guth an Werth nicht mehr beträget, wie die empfangene Erbſchaft (b). Die Nullitas, welche deſſen Verkauf hindert, iſt nur reſpectiva, und nicht abſoluta (c), weil die gemeine Wohlfahrt keinen Abbruch leidet, wenn ein Fideicommiſs aufgehoben wird, als welches nur den Nachkommen des Fideicommittentis zum Beſten errichtet worden, und dieſe können ihrem daraus erlangten Recht entſagen.

(a) HERTEL de l. §. 40. LUDOLF d. l.

(b) HERTIUS Voll. II. Dec. 1005. n. 2. HERPRECHT Conſ. 34. n. 124. 125. LYNCKER Vol. I. Reſp. 11. n. 15.

(c) HARPPRCHT de Succeſſionibus Part. I. p. 1169. n. 14. 15.

XXVIII.

XXVIII. Bedenken.

Wer ſich in poſſeſſione libertatis naturalis gründet, muß ſolche erweiſen, und der Poſſeſſor Servitutis lite pendente dabey geſchützet werden.

Es lehret LUDOVICI in Civilproceß Cap. 2. §. 8., daß wenn ſich der Implorant in poſſeſſione vel quaſi der natürlichen Freyheit gründet, alsdenn die Vermuthung diesfalls für ihn ſtreite, und nur die Turbation erwieſen werden müſſe. Dieſe Meinung iſt ungegründet. Es heißet Lib. 8. ff. de Acquirenda vel amittenda poſſeſſione: Nulla poſſeſſio adquiri niſi animo & corpore poteſt. Die natürliche Freyheit eines Grundſtücks wird allerdings vermuthet, nicht aber daß deſſen Beſitz durch Handlungen erlanget, und die Freyheit ſo vielmehr beſtätiget worden. Fällt deſſen Beweis dem Imploranten ſchwer, ſo ſolte er, anſtatt des Interdicti uti poſſidetis, actionem negatoriam anſtellen. (a). Zwar vermeynet WERNHER d. l., der Richter könne die Fehler der Parthey verbeſſern, und der angeſtellten Poſſeſſorienklage ohnerachtet in petitorio erkennen. Ich glaube es auch, wenn kein Zweifel fürhanden, daß die natürliche Freyheit bewahret worden, und wenn nicht vielleicht der Implorant aus guten Urſachen in poſſeſſorio gehandelt hat, weil ihm nemlich ſeines Gegners neuere Actus poſſeſſorii im Wege ſtehen, und fürchten machen, daß ſelbiger währenden Rechtſtreits Manutenenz erlangen mögte, mithin er nöthig findet, antiquiorem poſſeſſionem libertatis zu erweiſen, und deswegen wider ein Erkentniß in petitorio proteſtiret, als welches ihn ſolcher Beſorgniß nicht entledigen kan, wenn er gleich am Ende das beſte Urtheil erlanget. Denn obwol einige dafür halten, daß in materia ſervitutum & jurium incorporalium propter reſiſtentiam juris communis, die bloſſe Poſſeßion in Ermangelung eines Tituls nichts wirke (b), ſo iſt jedoch dieſe Meinung weder aus den Rechten zu behaupten, noch in foro angenommen. Beſage des L. 1. pr. ff. de itinere actuque privato verordnet der Prætor: Quo itinere actuque privato, quo de agitur, vel via, hoc anno nec vi, nec clam, nec precario ab illo uſus es: Quominus ita utaris vim fieri veto. Obwohl der Beſitz niemand des Beweiſes entlediget, daß ihm ein Recht zuſtehet, welches er ohne eines andern ausdrückliche oder ſtillſchweigende Mittheilung nicht erlangen können, ſo iſt doch derjenige, welcher ſolchen führen will, währenden Rechtſtreits, für keinen Uſurpatorem zu halten. Es wäre höchſt unbillig und von böſen Folgen, wenn man jemanden erlaubte, durch Erregung eines Proceſſes der oft lange dauern kan, demjenigen auf viele Jahre den Gebrauch einer

Befug-

Befugniß zu entziehen, welcher in deren Beſitz erweislich iſt, und rechtlich zu behaupten, ſich erbietet (c).

(a) BERGER Elect. proc. poſſeſſ. §. 10. LUDOLF Obſ. for. 18. WERNHER Part. I. Obſ. 274. ENGELBRECHT de Servitutibus juris publici p. 387. HOMMEL de Proceſſu poſſeſſorio ſummariiſſimo qu. 10.

(b) LYNCKER Tom. II. Reſp. 24. n. 2. 4. 5. 6.

(c) SCHILTTER Ex. 18. th. 38. 39. Meine Vindiciæ Juris venandi nobilitatis Germanicæ Cap. 2. §. 5.

XXIX. Bedenken.

Wer von den Amtsbeſcheiden im Fürſtenthum Calenberg appelliret, muß die Appellation bey der Königl. Hannöverſchen Juſtitzcanzley binnen 4 Wochen von Zeit der Interpoſition einführen.

In der Calenbergiſchen Canzleyordnung Tit. II. §. 3. iſt verſehen, „daß ein jeder ſeine Appellation durch Ausbring- und Reproducirung der Proceſſe, wie auch einbringende Juſtification in 2 Monathen (ausgenommen wenn von Amts- oder Langerichtsbeſcheiden appelliret wird, nach welchen etwa die vorgenommene Appellationes nach Inhalt des Landtagsabſchiedes de anno 1650. §. 3. innerhalb 4 Wochen eingebracht und juſtificiret, auch möglichſter Kürze erörtert werden ſollen) von der ordentlich interponirten Appellation anzurechnen, bey der Canzley ſub poena deſertionis zu verfolgen ſchuldig ſey. „Der Ober-Appellationsrath Eſaias PUFENDORF in proceſſu civili Part. IV. Cap. I. Sect. 4. §. 4. pag. 613. ſchreibet hievon: Quoniam poſtea a judiciorum provincialium decretis appellationes per conſtitutionem de 19. Octob. 1719. §. als auch bishero ꝛc. admodum ſunt reſtrictæ, hodie diſtinctio illa utilitatis parum habet. Dieſes hätte ſeine Richtigkeit, wenn 1719 die Landgerichte annoch ordentliche Gerichtshöfe geweſen wären, wie ehemals. Aber zu ſolcher Zeit war in hieſigen Landen dem Adel und Landleuten, welche ſelbige vor Alters beſetzten (a), aller Antheil an der richterlichen Gewalt der Aemter bereits genommen, und die Landgerichte in bloße Brüchtengerichte verwandelt. Partheyenſachen entſcheiden die Beamte auſſer den Landgerichten, und deswegen geſchehen ſehr häufige Appellationes von den Aemtern an die Juſtitzcanzley, welche binnen 4 Wochen eingeführet werden müſſen, mithin iſt der Unterſchied zwiſchen den Appallationen, ſo wider die Beſcheide der Aem-

ter und andere Gerichte zur Hand genommen werden, von groſſem Nutzen. Das Gerichtſchulzenamt der Neuſtadt Hannover ſiehet man als ein Amt an, und erfordert deswegen, daß die Appellanten die bey ſelbigen übliche Fatalia beobachten.

(a) Meine Nebenſtunden Part. I. p. 348.

XXX. Bedenken.

In welchen Fällen zwey Teſtes non omni exceptione majores einen halben Beweiß machen.

Daß die Semiplena probatio in den Römiſchen Rechten keinen Grund hat, mithin dieſe nicht verſtatten, denjenigen zum Erfüllungseide zu laſſen, der was ihm zu erweiſen oblieget, nur mit einem Zeugen oder vielen Vermuthungen darthun kan, behauptet HEINNECCIUS de Lubricitate jurisjurandi ſuppletorii mit ſtarken Gründen. Die mehreſte Rechtslehrer ſind jedoch anderer Meinung, und dieſe iſt faſt überall angenommen, auch durch die Proceßordnungen auſſer Zweifel geſetzet. Selbige wollen in den Churbraunſchweigiſchen Landen, „daß, wenn ein Theil Semiplene, und alſo nicht völlig erwieſen hätte, das Juramentum ſuppletorium zur Ergänzung des unvollkommenen Beweiſes zur Hand genommen werden ſolle. Ob aber ſolcher Eid, oder das Juramentum purgationis zu erkennen ſey, wird der gerichtlichen Ermeſſung anheim gegeben (a). „Daß ein Teſtis omni exceptione major ſemiplene erweiſet, daran zweifelt bey uns niemand, wohl aber ob zweyer Teſtium non omni exceptione majorum Ausſagen gleiche Kraft haben. Nicht wenige bejahen ſolches (b). LEYSER Spec. 283. Med. I. will, daß es lediglich auf das Arbitrium Judicis ankomme, wie fern ein Teſtis inhabilis Glauben verdienet. Ich räume ſolches ein, weil in den Fällen, welche die Geſetze nicht entſcheiden, man dem Richter die Entſcheidung überlaſſen muß. Aber dieſe kan gleichwol nicht willkührlich, und nach dem bloſſen Dünkel, ſondern nur aus vernünftigen Urſachen geſchehen (c). Findet ſich die Deciſion nicht wörtlich in den Geſetzen, ſo wird dennoch die Analogia Juris ſie an Hand geben. LEYSER zeiget mit Exempeln, daß keine einſtimmige Praxis fürhanden, ſondern den Teſtibus non omni exceptione majoribus bald vieler, bald aber weniger Glaube beygemeſſen worden. Man ſolte gewiſſe Regeln beſtimmen, damit die Ungewißheit der Rechte nicht viele Proceſſe und einander widerſprechende Urtheile veranlaſſe. Mit Eidſchwüren iſt

es eine ſehr mißliche Sache. Sind gleich nicht viele Leute ſo gottlos, daß ſie vorſetzlich falſche Zeugniſſe beſchweren, ſo machen ſie ſich doch öfters Reſervationes mentales, und mancher Zeuge begreifet nicht, was man eigentlich von ihm wiſſen will. Er bejahet deswegen, oder verneinet die Articul, wenn es ſeinem Freund, dem Zeugenführer, Vortheil bringet. Das Juramentum ſuppletorium iſt ein Teſtimonium in propria cauſa, welches überdem vielfältig nur de credulitate geleiſtet wird, & quæ volumus, credimus libenter. Wenn man die Regul ohne Ausnahme annimmt, daß zwey Teſtes inidonei einen halben Beweis machen, ſo kan ein Vater mit ſeinen beyden Söhnen durch Eidſchwüre an ſich bringen, was er nur will. Ich glaube daher, daß die letztere zum Behuf des erſtern nicht ſemiplene probiren, weil die natürliche Verbindung zwiſchen Eltern und Kindern gar zu ſtark iſt. Solcher Zeugen Glaube wird noch mehr geſchwächet, wenn ſie Hofnung haben, dasjenige dermahleins zu erben, was der Vater erſtreitet, weil dieſelbe alsdenn Nutzen aus dem Sieg des Beweisführers zu erwarten haben. Ein Bedienter iſt aber ſeinem Herrn vielweniger zugethan, als ein Sohn ſeinem Vater. Es wird nicht eben erfordert, daß der Zeuge gegen den Zeugenführer ganz gleichgültig geſinnet ſey (d). Das Zeugniß zweyer Bedienten verdienet daher ſo vielen Glauben, als eines Fremden, wenn ſie von untadelhaften Wandel, und unverdächtig ſind. Aeuſſert ſich aber eine ausnehmende Zuneigung, oder der Bediente muß ſeines Herrn Ungunſt, und daß er um den habenden Dienſt kommen werde, wann er wider ihn auſſaget, fürchten, oder das Zeugniß gereichet zu deſſelben Entſchuldigung, wenn man nemlich denen Förſtern beymiſſet, daß ſie denen Bauren im Walde zu viel eingeräumet haben, ſo mindert ſolches den Glauben des Zeugen ſehr, und hat die Königl. Hannöverſche Juſtitzcanzley den 28. Sept. 1758 ſolcherwegen zweyer Forſtbedienten Auſſagen für unzulänglich gehalten, ſemiplene zu erweiſen.

(a) Calenbergiſche Canzley Ordnung Tit. 24. §. 1. 2. Calenbergiſche Hofgerichtsordnung Tit. 58. Ober-Appellations-Gerichtsordnung Part. II. Tit. 8. S. 3. §. 15.

(b) MEVIUS Part. III. Dec. 402. STRYCK de Semiplena probatione Cap. 3. §. 3. n 7. BOEHMER Tom III. Part. III. Dec. 772. n 6. HOMBORG Reſp. 292. n. 9. HEINECCIUS Reſp. 70. p. 486.

(c) MEVIUS Conſ. XI. n. 9. 10. LUDOLF de Jure Camerali Sect. 2. §. 7. pag. 336. WILLENBERG de Paſſionibus animi in Judice cap. I. §. 15.

15. Kress de Aequitate c. 5. §. 3. Krauss de Arbitrio Judicis reſtricto §. 8. 10. 33. 39.

(d) S. das II. Bedenken §. I.

XXXI. Bedenken.

Eine Erläuterung der peinlichen Halsgerichtsordnung Art. 131. enthaltend.

§. I.

Die peinliche Halsgerichtsordnung Art. 131. iſt ſtricte zu erklären, da ſie die Inquiſiten mit einem faſt unmöglichen Beweis ihrer Unſchuld beladet.

Von Weibesperſonen, welche eines Kindermords beſchuldiget werden, verordnet Kayſer Carl V. in der peinlichen Halsgerichtsordnung Art. 131.: „So aber ein Weibsbild ein lebendig gliedmäßig Kindlein, das nachmals todt erfunden, heimlich gebohren und verborgen hett, und ſo dieſelbig erkundigte Mutter deshalb beſpracht würd, entſchuldigungsweis fürgeben, als dergleichen je zu Zeiten an uns gelanget, wie das Kindlein ohn ihr Schuld todt von ihr gebohren ſeyn ſolt, wolt ſie dann ſolch ihr Unſchuld durch redlich gut Urſachen und Umſtände durch Kundſchaft ausführen, damit ſoll es gehalten und gehandelt werden, wie am 74. Articul anfahend, item ſo ein Beklagter Kundſchaft ꝛc. pfunden wird, auch deshalb zu weiter Suchung Anzeigung geſchicht. Denn ohn obbeſtimmte gnugſame Beweiſung iſt der angeregten vermeinten Entſchuldigung nicht zu glauben, ſonſt mögt ſich eine jede Thäterin mit einem ſolchen gedichten Fürgeben ledigen. Doch ſo ein Weibsbild ein lebendig gliedmäßig Kindlein alſo heimlich träget, auch mit Willen allein und ohne Hülf anderer Weiber gebühret, welche ohnhülfliche Geburt mit tödlicher Verdächtigkeit geſchehen muß, ſo iſt deshalb kein gläublichere Urſache, denn daß dieſelbige Mutter durch boshaftigen Fürſatz alſo vermeinte, mit der Tödtung des unſchuldigen Kindleins, daran ſie vor, in, oder nach der Geburt ſchuldig wird, ihre geübte Leichtfertigkeit verborgen zu halten. Darum wann eine ſolche Mörderin auf gedachter ihr angemaſten unbeweißten freventlichen Entſchuldigung beſtehen bleiben wollt, ſo ſoll man ſie auf obbemeldte gnugſame Anzeigung beſtimts unchriſtlichen und unmenſchlichen erfundenen Uebels und Mords halber mit peinlicher ernſtlicher Frag zu Bekenntniß der Wahrheit zwingen, auch auf Bekenntniß deſſelben Mords zu endlicher Todſtrafe, als ob ſtehet, urtheilen.„ Dieſe Verordnung enthält eine Ausnahme von der Regul, daß man niemand auf die Folter bringen ſoll, den nicht ſolche Anzeigen verdächtig machen, daß ſeine Unſchuld ganz unglaublich iſt (a). Es gebähren vielfältig Ehefrauen todte Kinder ohne Hülfe anderer Weiber. Warum iſt es denn unglaublich, daß ſolches eine Hure

 gethan?

gethan? und da omnis præſumtio delicti excluſiva, ſo müſte man im Zweifel dafür halten, daß es geſchehen. Die bloſſe Verbergung der Schwangerſchaft erweiſet auch das Gegentheil keinesweges, wie ich demnächſt zeigen werde. Weil immittelſt die Menge der Verbrechen einen Geſetzgeber billig beweget, ſeine Geſetze zu ſchärfen, und dadurch die Menſchen von Uebelthaten abzuſchrecken, ſo iſt nicht zu tadeln, daß die peinliche Halsgerichtsordnung diejenige gefoltert wiſſen will, welche ein Kind heimlich getragen, und mit Willen ohne Hülfe anderer Weiber gebohren haben, als welche Schärfe die Huren nöthiget, ihre Schwangerſchaft nicht zu verheelen, mithin den Kindermord am füglichſten behindert. Es iſt jedoch dieſes harte Geſetz keinesweges auszudehnen, ſondern vielmehr einzuſchränken, und nur in ſolchen Fällen die Folter zu erkennen, wenn die Inquiſitin ihre Umſtände dergeſtalt verheelet hat, daß ſie mit Vernunft hoffen können, den vorhabenden Kindermord zu verbergen.

(a) L. 1. §. I. ff. de Quæſtionibus. LEYSER Spec. 630. Med. 5. 6. BOEHMER Tom. II. Reſp. 1104. n. 15. JCti Tubingenſes Tom. IV. Conſ. 48. n. 26. Tom. IX. Conſ. 23. n. 24.

§. II.

Dieſes geſchiehet nicht, wann ſie ihre Schwangerſchaft nimmer verleugnet, ſondern ſie nur niemanden offenbaret haben.

Dieſes geſchiehet dadurch nicht, daß ſelbige die Schwangerſchaft niemand offenbaret. Es iſt natürlich, daß eine Hure ihre Schande, ſo ſpat als es möglich, bekand machet, wenn gleich derſelben kein Kindermord in die Gedanken kommen. Viele Ehefrauen werden, ohne daß ſie es veranlaſſet, durch eine unzeitige Geburt ihrer Bürde entlediget, welches noch ehe einer geſchwächten Magd widerfahren kan, die, wenn ſie auch ihre Schwangerſchaft jederman erzehlte, dennoch keine ſolche Wartung und Pflege erlanget, als deren die mehreſte ſchwangere Frauen genieſſen. Es iſt ſolchemnach nicht gläublicher, daß die Abſicht, das Kind zu tödten, als die Schamhaftigkeit und Erwartung, daß es todt zur Welt kömmen mögte, die Urſachen des Stillſchweigens der Huren ſind (a). Ich pflichte daher dem LEYSER Spec. 611. Med. 24. bey, wenn er lehret, celationem deſiderare inficiationem aut factum, nec fieri videri per ſolum ſilentium & diſſimulationem. Die Halsgerichtsordnung Art. 28. erlaubet nur alsdenn die peinliche Frage zu gebrauchen, wennn die Urſachen des Argwohns gröſſer ſind, dann die Urſachen der Entſchuldigung, und wegen einer geringen Argwöhnlichkeit mag ſolches nicht geſchehen. Es ſind aber die Urſachen des Argwohns nur alsdenn gröſſer, wenn die Inquiſiten unglaubliche Dinge vorſchützen, und dafür halte ich die angeführte Entſchuldigung nicht, wenn keine

andere

andere Umſtände die Hure verdächtig machen, weil ehrlichen Weibern nicht ſelten widerfähret, was derſelben, ihrem Angeben nach, begegnet iſt.

(a) THOMASII Juriſtiſche Händel P. I. pag. 60.

§. III.

Dieſe machet ferner eines Kindermords keinesweges verdächtig, daß ſie auf Befragen wegen ihrer Schwangerſchaft zur Antwort gegeben: Wenn ſie ein Kind wolte, ſo wäre es noch lange hin. Das Stuprum iſt durch ſolche Reden wirklich eingeſtanden, und nur ein Zweifel geäuſſert: Ob die Schwangerſchaft darauf erfolget ſey? weil vielleicht die Inquiſitin ſelbſt daran gezweifelt hat, (wie ſolches öfters Ehefrauen begegnet) oder das Verbrechen verheelen wollen, wenn ſie durch eine unzeitige Geburt des Kindes entlediget würde. In dieſem Fall iſt die Vermuthung eines beſchloſſenen Kindermords noch geringer, wie bey dem bloſſen Stillſchweigen, weil es nach dem Geſtändniß der getriebenen Unzucht ſchwerer fällt, ihn zu verbergen, als wenn die Geſchwächte gar keinen Verdacht auf ſich geladen, und deswegen von niemand zur Rede geſtellet worden. Was mogte doch eine Perſon, die dergleichen Vorhaben hatte, bewegen, ſo viel einzuräumen, und nicht ſchlechterdings beym Leugnen zu bleiben? Die Verheelung kan dolosa ſeyn. Sie kan es aber auch nicht ſeyn, und das Lezte iſt obangeführtem nach zu vermuthen, weil es glaublich, ja noch glaublicher, als die Entſchlieſſung, das Kind zu tödten, da die geführte Reden geringe Hofnung übrig lieſſen, die That zu verbergen.

Oder zwar das Stuprum eingeſtanden, nicht aber ganz deutlich, daß ſie ſchwanger ſind.

§. IV.

Am wenigſten iſt meines Ermeſſens die peinliche Frage wider diejenige zu gebrauchen, welche zwar nicht öffentlich ihr Verbrechen jedermann bekand gemacht, jedoch Leuten, von denen nicht zu erwarten war, daß ſie einen Kindermord billigen und vertuſchen würden, ihre Umſtände eröfnet hat. Kan ſolches mit Vernunft von einer Perſon geſchehen, die das Kind über die Seite zu bringen gedenket? Iſt es nicht weit leichter, die Schwangerſchaft zu leugnen, als nach deren Geſtändniß die Geburt des Kindes zu verheelen? Wolte man ſagen, die Inquiſitin hätte ſich entſchloſſen, vorzugeben, das Kind ſey todt gebohren, ſo wuſte ſie jedoch nicht, ob es thunlich ſeyn würde, ſolches ohne ſichtbare von Menſchen Händen herrührende Gewalt daran zu verüben, vom Leben zu bringen, und ſolchenfals fällt die Entſchuldigung ganz hinweg. Die JCti Tubingenses halten daher Tom. IV. Conſ. 7. n. 5. dafür, daß von einer Magd, welche nur allein ihrer Frau die Schwangerſchaft offenbaret hat, nicht könne geſaget wer-

Am wenigſten, wenn die Schwangerſchaft Leuten eröfnet iſt, von denen nicht zu vermuthen, daß ſie einen Kindermord billigen und vertuſchen würden.

werden, daß ſie vermeynet, durch Ertödtung des Kindleins ihre verübte Leichtfertigkeit verborgen zu halten.

§. V.

Ob um die Folter zu erkennen, zugleich erfordert werde, daß die Inquiſitin ihre Schwangerſchaft verhelet, und ohne Hülfe gebohren?

Die Rechtslehrer ſind darin nicht einig: Ob zugleich erfordert werde, daß die Inquiſitin ihre Schwangerſchaft verborgen, und mit Willen heimlich ohne Hülfe gebohren, oder ob ſie gefoltert werden möge, wenn nur eines von beiden geſchehen? Das Letztere halten einige dafür, und zwar deswegen, weil 1) die Particula auch öfters disjunctive gebrauchet wird, beſonders in der peinlichen Halsgerichtsordnung Art. 40. und 44.

Nun leidet keinen Zweifel, daß ſelbige nach Beſchaffenheit der Umſtände, entweder conjunctive oder disjunctive verſtanden werden müſſe. Wenn kein geſchriebenes Geſetz verordnete, daß nicht nur derjenige, welcher Räuber und Diebe wiſſentlich und gefährlicher Weiſe ätzet und tränket, ſondern auch, wer geraubte und geſtohlne Sachen wiſſentlich annimt, heimlich verbirget oder vertreibet, ſich höchſt verdächtig mache, daß er der Räuber und Diebe Helfer geweſen, ſo würde es die geſunde Vernunft einen jeden lehren, und dieſer läufet alſo zuwider, das Geſetz dahin zu erklären, daß ein ſolcher zugleich die Diebe und geſtohlne Sachen aufgenommen haben müſſe, wenn er peinlich befraget werden ſoll. Ganz eine andere Bewandniß hat es mit dem Verdacht des Kindermords. Dieſer entſtehet beſage des §. I. nicht natürlicher Weiſe aus der Verheelung der Schwangerſchaft, oder auch der mit Willen heimlich geſchehenen Geburt, wenn an des Kindes Cörper ſich keine Spur einer von Menſchen Händen erlittenen Gewalt, oder daß es ſich wegen nicht verbundener Nabelſchnur zu Tode geblutet, äuſſert. Der Art. 31. iſt ein Lex poſitiva durior naturali. Er muß daher ſtricte erkläret werden. Der daher entſtehende Verdacht, daß ein Weibsbild zugleich die Schwangerſchaft leugnet, und mit Willen das Kind heimlich zur Welt bringet, iſt nicht fürhanden, wenn ſie entweder die Schwangerſchaft geſtanden, oder das Kind an einem Ort gebohren, alwo die Geburth nicht füglich verheelet werden konte. Es iſt alſo unglaublich, daß der Geſetzgeber keinen Unterſcheid zwiſchen zweyen ſo verſchiedenen Fällen gemachet wiſſen wollen.

§. VI.

Was der Geſetzgeber eine heimliche Geburt nennet.

2) Erfordert die peinliche Halsgerichtsordnung nicht ohne alle Ausnahme von der Inquiſitin den Beweis ihrer Unſchuld. Vermöge des Art. 131. ſoll zwar eine Mutter, die ein Kind heimlich gebohren und verborgen hat, entſchuldigungsweiſe aber vorgiebet, es ſey ſolches ohne ihre Schuld geſchehen, ihre Un-

Unſchuld durch redliche gute Urſachen und Umſtände durch Kundſchaft darthun. Aber in folgenden wird deutlich gezeiget, was der Geſetzgeber heimlich gebähren, und die Geburt verbergen heiſſet, nemlich wenn das Weibsbild das Kind 1. heimlich getragen auch 2. mit Willen allein und ohne Hülfe anderer Weiber gebohren hat. Denn es iſt eine bekante Regula interpretandi, verba generalia reſtrictivam interpretationem recipere a definitione ſpeciali ſive præcedente ſive ſequente, und dieſe Definitionem ſpecialem enthält nicht das Proœmium des Articuli ſondern der §. doch ſo ein Weibsbild ꝛc. Es läuft aller Billigkeit zuwider, ein Menſch zu foltern, weil ſie ihre nicht unglaubliche Einwendungen durch keine Zeugen zu erweiſen vermag, ob wohl von einem Facto die Frage iſt, welches öfters in Abweſenheit anderer Menſchen geſchiehet. Dieſes iſt nur alsdenn zu rechtfertigen, wenn erhellet, daß die Inquiſitin ihre Schwangerſchaft verheelet, und ſich vorſetzlich den Augen derer, die um ſie waren, entzogen, mithin in Umſtänden, welche der Menſchen Hülfe ſo nothwendig machen, daß ihr ſolche widerfahre, zu vermeiden geſuchet hat, als welches die ſtärkſte Vermuthung eines Kindermords erreget.

§. VII.

3) Muß man wohl bemerken, daß hier nur von dem Fall die Frage iſt, wenn keine andere Indicia wider die Inquiſitin fürhanden, als die heimliche Geburt des Kindes, an welchem ſich entweder gar keine, oder eine ſolche tödliche Verletzung gefunden, die von andern Urſachen, als dem verübten Mord der Mutter herrühren können. Dieſer Fall iſt ſehr ſelten, und es äuſſert ſich gemeiniglich entweder, daß das Kind eines ſolchen gewaltſamen Todes geſtorben, der nur Menſchen Händen, und alſo der Mutter zuzuſchreiben, weil ſie ſich allein dabei befunden, oder daß ſolches an einen Ort geworfen worden, allwo es umkommen müſſen, oder daß ſelbiges wegen nicht verbundener Nabelſchnur ſich todt geblutet hat. Es werden daher wenige Kindermörderinnen frey ausgehen, wenn man gleich deswegen keine foltert, weil ſie entweder die Schwangerſchaft verleugnet, oder, ſelbe zwar geſtanden, das Kind aber heimlich gebohren hat.

§. VIII.

Es ſcheinet die Meinung, daß mehre Indicia conjunctim erfordert werden, alle Gradus torturæ bey denjenigen, welche man eines Kindermordes beſchuldiget, auszuſchlieſſen, und immer den höchſten Grad zu erfordern. Nun will freylich die peinliche Halsgerichtsordnung Art. 131. daß man die Inquiſitin mit peinlicher ernſtlicher Frage zu Bekenntniß der Wahrheit zwingen ſoll; welches

von

von keiner wenigen und gelinden peinlichen Frage, wie der Art. 58. ſie nennet, ſondern nur von der ſchärfſten verſtanden werden mag. Eben daher erhellet aber, daß der Articul nicht ein und andern Verdacht, ſondern vielmehr dieſes voraus ſetzet, daß alle darin gemeldete verdächtige Umſtände zugleich fürhanden ſind, und die Inquiſitin dergeſtalt graviren, daß ſie niemand mit Vernunft für unſchuldig halten kan. Sind denn aber wider Kindermörderinnen gar keine Gradus torturæ zu beobachten? Wer wolte ſich ſolches in die Gedanken kommen laſſen? Der Fall, wovon in dem Art. 131. gehandelt wird, ſchlieſſet ſie freylich aus. Viele andere aber erfordern dieſelbe. Dieſes geſchiehet inſonderheit öfters wegen der Beſchaffenheit des todten Cörpers. Solte es aber nicht auch billig in denen von mir §. II. III. IV. angeführten Fällen geſchehen? Ich muß dieſe Frage verneinen, weil mir die Urſachen der Entſchuldigung ſo ſtark zu ſeyn ſcheinen, als die Urſachen des Argwohns, die peinliche Halsgerichtsordnung Art. 28. aber ſehr heilſam verordnet: „Und ſodann daraus ermeſſen mag werden, daß die Urſach des Argwohns gröſſer ſind, dann die Urſach der Entſchuldigung eine mehre Anſehung und Achtung habe, da etliche geringere Argwöhnlichkeit ſo erfunden ſeyn, ſo ſoll die peinliche Frage nicht gebrauchet werden.„ Die Inquiſitin muß ſich alſo keinesweges von allem und jedem Verdacht der mittelſt Tortur reinigen, ſondern nur von demienigen, welchen ſie mit vernünftigen Entſchul nicht ablehnen können. Es kömt auf das Arbitrium Judicis ſehr vieles an. Aber wenn dieſes in einem willkührlichen Dünkel beſtünde, ſo hängte das Schickſal der Inquiſiten von der natürlichen Geſinnung des Richters ab, dem er in die Hände fällt. Iſt ſelbiger hart und argdenkend, ſo ſcheinen ihm gar bald die Urſachen des Argwohns die Urſachen der Entſchuldigung zu überwiegen. Hingegen deutet ein anderer gerne alles, ſo viel möglich, zum Beſten. Er pflichtet folgender Meinung des GRIEBNERS de Repetitione tormentorum confeſſo inficiante §. 5. bey: Cum & qui mitior lege, & qui durior perinde peccet, gravius tamen errare videtur, qui nimium, quam qui parum propendet in torquendi facilitatem, und erinnert ſich, wie oft die ärgſte Böſewichter, und wie ſehr ſelten andere die Tortur ausſtehen. Das Temperament des Richters wird freylich immer einen ſtarken Einfluß in ſein Erkenntniß haben, derſelbe aber bedächtlicher zu Werke gehen, wenn er erweget, daß ein Arbitrium vagum nichts heiſſet, ſondern daß das richterliche immer auf ſtarke Gründe gebauet ſeyn muß, und wie ſchwer die Verantwortung ſowohl desjenigen iſt, der durch unzeitige Härte Menſchen in das äuſſerſte Elend ſtürzet, als eines andern, welcher durch unzeitige Barmherzigkeit denen Verbrechern Thür und Thor öfnet.

XXXII.

XXXII. Bedenken.

Derjenige, welcher ſich der Erbſchaft zum Beſten eines Dritten begiebet, wird des Verſtorbenen Erbe.

Die Handlungen, woraus man den Rechten nach Aditionem hereditatis folgert, ſind von zweyerley Gattung. Einige können nur in der Qualität eines Erben geſchehen, und dieſe verſtatten nicht, jemanden zum Gegenbeweiſe zu laſſen. Andere mögen auch von demjenigen verrichtet werden, der nicht Erbe iſt, und da es auf den Animum ankömmt, ſo glaubet man entweder jemandens Worten, oder man läſſet ihn, was er vorgiebet, mit dem Reinigungseide beſtärken, nach Beſchaffenheit der Vermuthungen, welche für oder wider denſelben walten (a). Eine Ceſſionem oder Dationem in ſolutum rerum hereditariarum iſt nun niemand zu thun vermögend, der nicht Erbe worden, mithin erweiſen ſolche Actus aditionem hereditatis ſo vollenkommen, daß kein Gegenbeweis ſtatt findet (b). Eben dieſe Wirkung hat eine andern zum Beſten geſchehene Renunciatio hereditatis wie die JCti Tubingenſes Tom. V. Conſ. 35. n. 41. 42. 43. alſo lehren: Quicunque hereditati renunciat, is eo ipſo hereditatem adit, eamque cedit, & donat alii, cujus gratia renunciat, neque enim alteri hereditatem dare poteſt, qui eam non habet. Eine ſolche Ceßion iſt aber keinesweges zu vermuthen, wenn z. E. die Kinder ſich des väterlichen Nachlaſſes nicht angemaſſet, ſondern ihn in der Mutter Händen gelaſſen, welche wegen ihres Eingebrachten groſſe Forderungen daran hatte. Denn dieſes konnte geſchehen, ſine translatione dominii, folglich erweiſet der unterlaſſene Widerſpruch nicht, daß die Söhne ihres Vaters Erbſchaft angetreten, weil die Mutter ohne deren Genehmigung als Creditrix, retentionis jure, die väterliche Güter zu ſich zu nehmen befuget war, und wenn ſie auch deren Eigenthum behaupten wollen, weil niemanden ein beſſeres Recht daran zuſtunde, ſolches den Söhnen keinen Nachtheil brachte.

(a) BARDILI de Hereditatis aditione §. 20. Herr Hofrath G. L. BOEHMER de Herede ſuo ſe abſtinente & ſe immiſcente §. 26.

(b) BARDILI d. l. §. 15. BOEHMER Tom. III. Part. II. Reſp 312. n. 6. JCti Tubingenſes Tom. VI. Conſ. 7. n. 46.

XXXIII. Bedenken.

Die Koſten der Subhaſtation muß derjenige, welcher das Seinige auſſer dem Concurs erhält, keinesweges mit übernehmen, wenn er ſie nicht begehret hat.

Wer ein Haus cum pacto reſervati dominii verkaufet, iſt, wenn über des Käufers Vermögen ein Concurs entſtehet, wegen des rückſtändigen Kaufgeldes vor allen andern Gläubigern zu vergnügen (a). Dieſe aber haben zu wählen, ob ſie jenen das Haus hinnehmen, oder es ſubhaſtiren laſſen, und alſo verſuchen wollen, ob es nicht höher auszubringen ſey (b). Das leztere geſchahe von dem Hattendorfiſchen Curatore, ohne daß er den Creditoren dadurch Vortheil ſchaffete. Dennoch wolte ſelbiger die Koſten der Subhaſtation von der Maſſa bonorum nehmen, und alsdenn wären ſie dem auſſer dem Concurs zu vergnügenden Verkäufer des Hauſes zur Laſt gediehen, weil man dieſelbe von den Kaufgeldern nehmen müſſen. Der Unterrichter billigte auch ſolches, und zwar deswegen, weil 1) vermöge Kaufcontracts der Cridarius die Subhaſtationskoſten zu ſtehen, mithin der Verkäufer ſolche von dem Kaufgelde herzugeben, und ſeine Indemniſation von dem Cridario zu gewärtigen ſchuldig ſey, maaßen ſonſt 2) das Gericht in Schaden und Verluſt geſetzet würde. Allein 1) war der Verkäufer kein Gläubiger, der das Seinige aus dem Concurs forderte, ſondern er vindicirte es, und alſo mochte man ihm nicht anmuthen, die Concurskoſten mit zu übernehmen (c). Der Kaufcontract verbande auch den Verkäufer nicht, eine Subhaſtation zu veranlaſſen, ſondern er erlaubte ihm ſolches, und dieſes Recht hatte er nicht gebrauchen wollen, ſondern nur begehret, daß ihm das Haus wegen ſeiner Forderung gelaſſen werden mögte. Wenn 2) der Richter Schaden leidet, ſo muß ihn kein unſchuldiger Dritter indemniſiren. Er hätte die Gläubiger befragen ſollen, ob ſie auf ihre Gefahr eine Subhaſtation verlangten? Denn dieſe kan mit derſelben Genehmigung unterbleiben (d). Das Erkentniß wurde daher von der Königl. Hannöverſchen Juſtitzcanzley 1758 per Reſcriptum dahin geändert, „daß die an den Denickſchen Debitorem Wieneken ergangene Verordnung die Koſten der Subhaſtation von den ſchuldigen Zinſen zu bezahlen, wieder aufzuheben ſey, weil derjenige, welcher jure dominii das Seinige vindiciret, zu den Concurskoſten etwas beyzutragen, unverbunden iſt, und die Subhaſtation nicht der Appellantin, ſondern den Creditoren zum Beſten geſchehen.“

(a) Her-

(a) Hertius de Reſervatione dominii vel hypothecæ in re vendita Sect. I. §. 15. Leyser Spec. 479. Med. 5.

(b) Hertius d. l. §. 10.

(c) Leyser Spec. 481. Med. 4. Helvig de Sumtibus concurſus creditorum §. 13.

(d) Herr Ober-Appellationsrath Pufendorf Tom. III. Obſ. 69.

XXXIV. Bedenken.

Von der ſtillſchweigenden Erneuerung eines mündlich geſchloſſenen Miethcontracts.

Die Wittwe Wittleder belangte den Miethsmann Bröfel, weil er noch 8 Wochen nach Michael in ihrem Hauſe gewohnet, und alſo den auf ein Jahr geſchloſſenen Miethcontract bis Oſtern 1756 erneuret hätte, bevorab, da ausdrücklich verabredet worden, daß eine halbjährige Lohſe geſchehen ſolle. Dieſes Letztere ſtellete auch der Beklagte in keine Abrede. Wendete aber ein, ſie ſey von der Klägerin ihm angekündiget. Es wurde am 29. Mart. 1758 erkand, „daß Beklagten nach abgelaufener Miethzeit zu jeder Zeit auszuziehen, unbenommen blieben, und er weiter keine Miethe, als er das Haus bewohnet, zu bezahlen ſchuldig ſey;„ von welchem Spruch die Klägerin appellirte. Nun verordnet der Lib. 13. §. fin. ff. locati ausdrücklich: In urbaniis prædiis alio jure utimur, ut, prout quisque habitaverit, ita & obligetur, niſi in ſcriptis certum tempus conductione comprehenſum eſt. Die mehreſte Contracte, welche von Dauer ſeyn ſollen, werden ſchriftlich verfaſſet. Wenn ſolches unterblieben, ſo iſt zu vermuthen, daß beyde Theile die Abſicht nicht gehabt, ſich auf lange Zeit verbindlich zu machen (a). Die Regul leidet jedoch ihren Abfall, dafern eine vorgängige Lohſe ausdrücklich bedungen iſt (b), welches, daß es geſchehen, Beklagter in keine Abrede ſtellete. Denn ſolchenfalls erhellet klar, daß die Contrahenten den Contract nicht zur Unzeit aufgerufen wiſſen, ſondern ihn ſo lange gelten laſſen wollen, wie er ſonſt ſchriftlich bedungen zu werden pfleget. Zwar wandte der Beklagte ein, die Aufkündigung ſey von der Klägerin geſchehen. Da er ſie aber nicht angenommen, ſondern 8 Wochen nach Michael im Hauſe geblieben, noch die Klägerin darauf gedrungen, daß derſelbe auf Michael ausziehen ſolle, ſo hat dieſe die Lohſe ipſo facto fallen laſſen, und iſt vielmehr zu vermuthen, daß man bey dem verabredeten Contract verbleiben, als einen neuen er-

richten wollen, welcher beyde Theile in Gefahr ſetzte, Schaden zu leiden, weil ſodann die Vermiethſerin fürchten müſſen, durch des Miethers unzeitigen Abzug einen guten Theil des Miethgeldes zu verlieren, und dieſer, wenn man ihm zur Unzeit aufkündigte, nicht wieder unterkommen zu können. Es wurde daher von der Königl. Hannöverſchen Juſtitzcanzley 1758 erkand: „Da Appellat eingeſtanden, daß eine Lohſe zu thun, verabredet ſey, dieſe jedoch von ihm nicht geſchehen, noch die von der Appellantin etwa intimirte angenommen, ſondern er das Haus nach Michael zu bewohnen fortgefahren, mithin er auch von der Lohſe abgeſtanden, und alſo der erſte Contract tacite renoviret worden, ſo iſt Appellat die Miethe bis Oſtern 1756 zu bezahlen gehalten.„

(a) Herr Ober-Appellationrath PUFENDORF Part. I. Obſ. 135.

(b) MEVIUS Part. III. Dec. 61. BRUNNEMAN ad L. 16. Cod. de Locato & conducto. n. 3.

XXXV. Bedenken.

In welchen Fällen die Beſtimmung des Quanti einer zu erſetzenden Sache durch Klägers Eid geſchehen mag.

Wenn die Schuld nicht in Abrede geſtellet werden mag, und nur deren Quantität unerwieſen iſt, ſo läſſet man wohl den Kläger zum Erfüllungseyde (a). Die Regul erfordert jedoch vernünftige Einſchränkungen, wenn nicht wider alle Rechte die Partheyen in ihren eigenen Sachen zum Zeugniß verſtattet, mithin zu Meineyden und Ungerechtigkeiten Anlaß gegeben werden ſoll. Es muß I. an andern Beweisthümern fehlen (b). So fern ſelbige herbey zu ſchaffen möglich, ſind ſie beyzubringen. Des Amtmanns Heldberg Söhne hatten erwieſen, daß ihre Mutter dem Vater eine Ausſteuer zugebracht. In welchen Stücken ſie beſtanden, war dargethan. Nur konte man den Werth nicht beſtimmen, weil die Gröſſe und Schwere des Silbergeſchirrs, und der eigentliche Gehalt anderer Stücke unbekand war. Die Kläger verlangen daher zum juramento ſuppletorio gelaſſen zu werden. Die Königl. Hannöverſche Juſtitzcanzley erkante aber 1758.: „Würden Liquidanten durch beeydigte Taxatores den Werth der mangelnden Ausſteuerſtücke, wenn die mittelmäßige Schwere und Gröſſe derſelben ſupponiret, auch alles nach dem Mittelwerth angeſchlagen wird, auf ihre Koſten beſcheinigen, ſo ergehet ſodann wegen des Erfüllungseides, was rechtens.„ Die Difficultas probandi muß auch nicht von der Schuld desjenigen herrühren, der etwas fordert.

dert. Wenn ſelbiger ſich über Ausgaben keine Quittung geben laſſen, worüber es gemeiniglich zu geſchehen pfleget, ſo mag er ihm ſelbſt beymeſſen, wenn ſolche nicht in Rechnung paßiren (c). Ein Reiſender nimt ſie von den Poſtämtern und Wirthen nicht, in deren Häuſern derſelbe kurze Zeit verweilet, wohl aber wenn er ſich einige Monate in den Gaſthöfen oder andern fremden Häuſern aufgehalten, und dafür eine beträchtliche Summe bezahlet hat. II. Wird erfordert, daß die angebliche Auslage glaubwürdig iſt (d). Ein Mandatarius forderte 360 Rthlr. Reiſekoſten von ſeinen Miterben. Die Reiſe war erwieſen, nicht aber wie viele Zeit ſie erfordert hatte. Die Königl. Hannöverſche Juſtitzcanzley erkante daher 1758 in Sachen von Uslar, wider von Winzingerode „daß die von Uslar die angegebene Zeit ihres Vaters Aufenthalts in Leipzig zu beſcheinigen ſchuldig.„ Endlich III. findet dieſes Juramentum ſuppletorium keinen Platz, wenn von groſſen Summen die Frage entſtehet (e) und verdienet LEYSER ſpec. 184. med. 10. allen Beyfall, wenn er ſchreibet: Hoc juramentum ad res & ſummas pecuniæ minores reſtringendum eſt. In iis quippe, quæ majoris momenti ſunt, verbis aut jurijurando ſocii fidere non debemus. In propriis enim cauſis, ſiquidem arduæ ſint, aliquem Judicem conſtitui, quod per jurisjurandi delationem fit, durum profectu foret. Welche Summe für groß oder klein zu halten, iſt nach den Umſtänden der Perſonen zu beſtimmen. Ein Armer ſiehet 100 Thlr. als eine groſſe Summe an, die ein Reicher als gering betrachtet, und deswegen, wenn darüber Streit entſtehet, ehe zum Ende gelaſſen werden kan, als jener. Zwar wollen einige behaupten, daß auch groſſe Summen durch des Rechnungsführers Eyd zu beglaubigen, dafern die Rechnung mit den gehörigen Erforderniſſen verſehen und die Difficultas probationis hinbeytritt (f). Aber dieſe iſt ohne des Adminiſtratoris Schuld ſelten fürhanden, welcher ſich, wie ſchon oben geſaget worden, Quittungen geben laſſen ſollen. Nur deren Verluſt, ohne ſeine Schuld, kan es alſo rechtfertigen, daß man ihn über gröſſere Summen zum Erfüllungseyde läſſet.

(a) Cap. 32. X. de jurejurando MEVIUS Part. I. Dec. 85. n. 4. HEESER de Rationibus reddendis Loc. 12. n. 16. 17. BOEHMER Tom. III. Part. II. Dec. 322. n. 33. LEYSER Spec. 141. Cor. 4.

(b) Munnoz de ESCOBAR de Ratiociniis adminiſtratorum Cap. 10. n. 64. p. 146. Nicolaus de PASSERIBUS de Scriptura privata Lib. 4. qu. 7. n. 26.

(c) Hartmann PISTOR lib. I. qu. 8. n. 11.

(d) Escobar d. l. n. 64. Garsias de Expenſis Cap. 20. n. 23. p. 388. Heeser d. l. n. 11.

(e) Garsias d. l.

(f) Nic. de Passeribus d. l. n. 12. Heeser d. l. n. 12. 13.

XXXVI. Bedenken.

Die Rottländerey iſt im Zweifel vielmehr für Erbe, als Meyergut zu halten. Wer aber ein Stück Landes für Rottland ausgiebet, muß ſolche Qualität erweiſen.

Rottländerey, von welcher den Königl. Aemtern Rottzehend und Rottzins entrichtet wird, empfänget der Meyer nicht vom Guthsherrn, ſondern ſie wird ihm vom Landesherrn in deſſen eigenen, oder gemeinen Holzungen angewieſen, (a), und die bey einem Meyerhof bisher geſchehene Cultur deſſelben, erweiſet keine unzertrennliche Vereinigung mit dieſen. Im Fürſtenthum Lüneburg iſt zwar verordnet, daß die Aecker und Wieſen bey den Höfen und Kothen, dabey ſie geradet ſind, als Zubehörige derſelben bleiben ſollen. Im Fürſtenthum Calenberg findet ſich aber kein ſolches Geſetz, und bleibet die Rottländerey, nach den gemeinen Rechten, als ein Erbe, demjenigen, welcher der Landesherrſchaft den Rottzins davon entrichtet. Hätte aber der Meyer nur Speciem fundi verändert, und die Hölzung, womit er bemeyert worden, in ſaadiges Land verwandelt, ſo iſt dieſes ſonder Zweifel eine Zubehör des Meyerhofes, maaßen, vermöge des eben angeführten Gandersheimiſchen Landtagsabſchiedes, „einem jeden Landſtand und Unterthanen erlaubet iſt, ohne Verwüſtung guter nutzbarlicher Holzung, auch ohne Nachtheil Hud und Weide, damit andere des Orts berechtiget, aus, und in den Seinigen roden zu laſſen, welchenfalls der Rottzehend und Zins dem Guthsherrn gebühret.„

Wäre das Ausroden ohne erweisliche Landesherrliche, oder guthsherrliche Einwilligung, jedoch ſeit ſo langen Jahren geſchehen, daß den Beſitzer die Verjährung ſchützet, ſo iſt zu vermuthen, daß die Vorfahren vielmehr ihren eigenen, als des Guthsherrn Vortheil zu befördern geſuchet (b). Wenn man dergleichen Lande eine beſondere Qualität beylegen, und alles dasjenige, was ehemals Holz oder gemeine Weide geweſen, für Rottland halten wolte, ſo beſtünde ein groſſer Theil Teutſchlandes daraus, als welches vor Alters mit Holze

an den Orten bewachſen geweſen, die jetzt auf das Beſte cultiviret ſind. Von der Königl. Hannöverſchen Juſtitzcanzley iſt daher in Sachen Knauer wider Knauer 1758 erkand, ſowohl daß die angegebene Qualität des Rottlandes erwieſen werden müſte, als daß dieſes im Zweifel für kein Meyerguth zu halten ſey.

(a) Gandersheimiſche Landtagsabſchied de 1601. Art. 15.

(b) Meine Comm. de Jure Villicorum Cap. 3. §. 10.

XXXVII. Bedenken.

Der Fiſcus gehet den ältern Creditoren nur in bonis poſt contractum cum eo initum quæſitis vor.

Es iſt in Lib. 28. ff. de Jure Fiſci klar verſehen, daß bey entſtehenden Concurs der Fiſcus den ältern Gläubigern in re poſtea acquiſita vorgehen ſolle. Damit aber läſſet ſich nicht wohl reimen, daß 1) in L. ult. pr. ff. qui potiores in pignore der JCtus Scævola reſpondiret, die Seja, welcher Titius, wegen einer aus der Vormundſchaft herrührenden Schuld alle ſeine Güter verpfändet hatte, quæ habebat, quæque mox habiturus eſſet, ſey dem Fiſco vorzuſetzen, obwohl dieſem dieſelbe Güter nach der Zeit wegen eines erhaltenen Anlehns pfandweiſe verſchrieben worden, ohne den mindeſten Unterſcheid zu machen inter bona ante & poſt contractum initum quæſita. Verſchiedene Rechtslehrer meynen daher, dieſe beyde Geſetze wären auf keine Weiſe zu vereinbaren (a). 2) Will der Lib. 2. Cod. de Privilegiis Fiſci ebenfalls ohne einigen Unterſcheid zu machen, ob des Schuldners Güter vor, oder nach errichtetem Contract erworben ſind, daß der Fiſcus ehe, denn die Frau zu bezahlen ſey, wenn der Mann ſich ihm ehe verbindlich gemachet hat.

Dieſem ohngeachtet halte ich dafür, es ſey das Jus prælationis Fiſci ad bona poſt contractum cum ullo initum quæſita einzuſchränken. Denn 1) kan der Lib. ult. ff. *qui potiores in pignore* de rebus quæſitis poſt priorem contractum cum Seja initum, & ante poſteriorem, quo fiſco ſe obligavit debitor, verſtanden werden. War in beſagtem Lege von Bonis poſt contractum cum Fiſco initum quæſitis keine Frage, ſo konnte auch des in den Lib. 28. de Jure Fiſci enthaltenen Rechts keine Erwehnung geſchehen. Es bemerket VOET ad ff. tit. qui potiores in pignore §. 24., alioquin non præciſe de bonis poſt priorem contractum quæſitis, ſed generaliter de bonis quandocunque etiam poſt contractum ſecundum quæſitis

quæſtio-

quæſtionem formandam fuiſſe (b). Geſetzt aber Papinianus nnd Scævola wären nicht zu vereinigen, ſo müſte man dennoch nach dem von jenen herrührenden Lib. 28. de Jure fiſci erkennen, weil er jünger iſt, und ſich nicht nur auf die Lehren der JCtorum, ſondern auch auf ein Reſcriptum Principis gründet. WISSENBACH d. l. ſchreibet hierüber: Diſſenſerunt in hac quæſtione veteres JCti. Fieri potuit, ut quod Scævolæ ævo nondum obtinuerat, id privilegio poſtea obtinuerit Fiſcus ex autoritate Principum. 2) Wird keine Aenderung der Geſetze vermuthet, quando verba eum ſenſum habere poſſunt, ut non dicatur facta, und es iſt eine bekandte Regel, ſpecialia ſpecialiter, non per generales leges eſſe abroganda. Man kan daher keinesweges vermuthen, daß durch den Lib. 2. Cod. de Privilegiis fiſci, welcher von dem Fall nicht redet, ubi bona cridarii poſt contractum cum fiſco initum ſunt quæſita, der L. 28. ff. de Jure fiſci aufgehoben worden. Die Königl. Hannöverſche Juſtitzcanzley hat in der B. Creditoren Prioritätsſache am 4. Nov. 1758 alſo erkand.

(a) WISSENBACH ad ff. Part. II. Diſp. 39. n. 10. THOMASIUS ad Huber Lib. 20. Tit. 4. §. 16. SCHLITTE de Eo qui poſterior tempore potior jure Cap. 2. §. 8.

(b) S. auch HUBER d. l.

XXXVIII. Bedenken.

Wem der Beweis oblieget, ob die fürhandene Güther des Cridarii vor oder nach deſſen mit dem Fiſco errichteten Contract von ihm erworben worden.

Es will zwar MEVIUS Part. IV. Dec. 4. juxta jus commune bona potius avita & patrimonialia in dubio habenda eſſe, quam acquiſita. Andere aber ſind anderer Meynung (a), und BERGER O. I. Lib. 2. Tit. 5. §. 3. not. 5. bemerket, pleraque adminiſtratorum bona, ſuſcepto demum munere, comparari. Wenn der Cridarius bemittelte Eltern, oder, bevor er ſich mit der Cammer eingelaſſen, ſonſt ein gutes Vermögen gehabt, ſo lieget dem Fiſco allerdings der Beweis ob, daß die fürhandene Güther nach dem mit ihm errichteten Contract erworben worden. Denn dieſes iſt Facti, und die wenigſte Menſchen ſind in den Umſtänden, etwas beträchtliches zu erwerben. Wenn aber jemandens ehemalige Armuth vor Augen lieget, oder doch höchſt wahrſcheinlich iſt, ſo halte ich dafür,

es

es müſſe derjenige, welcher der Cammer die Priorität ſtreitig machet, erweiſen, daß die Güter erworben worden, ehe ſich der Cridarius mit der letztern eingelaſſen. Als demnach die Frau einräumete, daß ihr Ehemann von ſeinen Eltern nichts ererbet hätte, ſo würde billig vermuthet, daß ſeine fürhandene Güter mit den angegriffenen Caſſegeldern erworben worden, und der Frau, das Gegentheil zu erweiſen von der Königl. Hannöverſchen Juſtitzcanzley 1758 auferleget.

(a) HEESER de Acquæſtu bonorum conjugali Part. II. loc. 15. n. 133. LUDOVICI de Diverſo jure bonorum acquiſitorum & hereditariorum §. 30.

XXXIX. Bedenken.

Wer im Stift Hildesheim zum feilen Kauf zu brauen berechtiget iſt, kan ſein Getränk im ganzen Lande, auch an den Orten verkaufen, wo es ſonſt nimmer geſchehen, wenn gleich deſſen Braugerechtigkeit in petitorio angefochten würde.

Daß die Reichsſtände nur zum Beſten ihrer Unterthanen die Libertatem commerciorum einſchränken können, und ihnen ſolches unerlaubet iſt, in der bloſſen Abſicht die Cammeraufkünfte zu verbeſſern, habe ich in den Vindiciis juris venandi Nobilitatis Germanicæ Cap. I. §. 5. angemerket, und dieſe Lehre mit Erkenntniſſen der höchſten Reichsgerichte beſtärket. Es pflichtet auch der Herr Cammergerichts-Aſſeſſor B. von CRAMER in ſeinen Wetzlariſchen Nebenſtunden Part. II. pag. 175. und Part. XII. pag. 90. ſelbiger bey, indem er gründlich behauptet, „daß wenn blos das Intereſſe fiſci Principis pro ratione movente obwaltet, die Reſtrictio libertatis commerciorum für nichts anders, als omni jure, maxime autem Legibus imperii, verbotene, mithin intolerable monopolia anzuſehen.„

Im Stift Hildesheim ſetzen die Landesverträge, Conſtitutiones, und Reſolutiones Principum dieſes Recht der natürlichen Freyheit auſſer allem Zweifel. Es will das Edictum vom 11. Nov. 1648, „daß die auf den Amthäuſern geſeſſene Amtleute den Unterthanen, anderswo Bier zu holen, als von ihnen, ſich zu unternehmen, nicht erkühnen ſollen.„ Im Landtagsabſchiede von 1657. Art. 9. iſt verſehen, „daß männiglich, er ſey wes Standes er wolle, ſich des Bierzwangs enthalten ſolle„ und inſonderheit ſolcher per edicta vom 8. und 14.

April 1657 den Aemtern verboten. Ferner heiſſet es in Reſolutione gravaminum de 18. Dec. 1688: „Ad 15. der geklagte Bierzwang ſoll per edictum publicum bey 50 Goldfl. Strafe verboten, und demnächſt die Contravenienten dem Fiſco angewieſen werden; „ in Reſolutione gravaminum de 9. Julii 1679 aber: „Ad 5. 6. die eingebrachte Deſignationes ſollen examiniret und demnächſt reſolviret, der Bierzwang aber durchgehends abgeſchaffet, und den Leuten auf den widrigen Fall der Zutrit zu der Canzley verſtattet werden; ſodann in Reſolutione gravaminum de 25. Jan. 1685: Ad 6. der Bierzwang wäre abgeſchaffet, und lieſſe man es auch dabey bewenden;„ und in Reſolutione Regiminis de 1686. Art. 14. „ der öffent- und heimliche Bierzwang ſey Ihro Churfürſtl. Durchl. gnädigſter Intention gemäß, bey hoher Strafe, nochmals im Lande per publica edicta zu verbieten, und die Uebertreter ohne Unterſcheid der Perſon auf ſtehenden Fuß exemplariter zu ſtrafen.„ So lange die Stadt Hildesheim einen Zwang im ganzen Lande zu behaupten ſuchte, vertheidigte der Biſchof ſamt ſeinen Ständen die natürliche Freyheit auf das Beſte. Nachdem aber wider beſagte Stadt beym Kayſerl. Reichshofrath 1700 ein Urtheil gefället wurde, änderte man Landesfürſtl. Seits gar bald die Sprache, und wolte die Amtsunterthanen nöthigen, das Getränk von den Aemtern zu holen.

Da dem angeführten nach die Befugniß des Käufers, das Bier zu kaufen von wem er will, wenn nur dieſer zum feilen Kauf zu brauen berechtiget iſt, in jure communi & provinciali einen unumſtößlichen Grund hat, ſo fällt in die Augen, daß gleichwie ein in der Stadt wohnender Tuchkrämer, der ſich in poſſeſſione vel quaſi befindet, dieſes Gewerb zu treiben, allen und jeden, die in ſeinen Laden kommen, und nicht nur ſeinen bisherigen Kunden Tuch verkaufen darf, alſo auch im Stift Hildesheim derjenige, welcher bisher nur in einem Krug ſein Getränk verſellen laſſen, es allen andern, die ſolches von ihm begehren, ungehindert verkaufen könne, wenn gleich ſein Jus braxandi in petitorio angefochten würde. Die Regul, quod poſſeſſio ſit ſtricti juris, wird übel verſtanden, wenn man ſie dahin deutet, als dürfe der Poſſeſſor nicht mehr oder weniger thun, wie er bisher erweislich gethan. Denn ſelbiger iſt allerdings befugt, Actus homogeneos auszuüben (a), und ein ſolcher iſt der Bierverkauf an einen Ort, wohin er bisher nicht geſchehen, wenn man voraus ſetzet, daß der Kaufer keinem Zwang unterworfen iſt.

(a) Postius de Manutenendo Obſ. 73. n. 133. 134. 136. 140. Berger Elect. proc. poſſeſſ. §. 20. Leyser Spec. 453. Med. 6. Herr B. von Cramer in den Wetzlariſchen Nebenſtunden Part. XVII. p. 161. 162.

XL.

XL. Bedenken.

Wer ſich als Selbſtſchuldner verſchrieben, kann das Beneficium Excuſſionis nicht gebrauchen.

Viele Rechtslehrer halten dafür, daß demjenigen, welcher ſich als Selbſtſchuldener verſchrieben hat, dennoch das Beneficium excuſſionis angedeihen müſſe, weil durch dieſe Clauſul aus keinem Bürgen ein Hauptſchuldner worden, ſondern nur verſprochen ſey, für den letztern zu bezahlen, ohne die Zeit zu beſtimmen, wenn es geſchehen ſolle (a). Da aber alle in Contracten befindliche Worte dergeſtalt zu erklären, das ſie etwas wirken, dafern dieſelbe Wirkung haben können. (b), und denn das Verſprechen, als Selbſtſchuldener zu bezahlen, ganz überflüßig iſt, wenn ſich ein ſolcher, nur zu demjenigen anheiſchig machet, was jeder Bürge zu leiſten ſchuldig, welcher weniger verbunden iſt, als der debitor principalis, ſo wird billig vermuthet, daß wer deſſen Verpflichtung übernimmt, dadurch dem Beneficio excuſſionis entſaget (c). Solches verändert das Geſchäft ſo wenig, als der ausdrückliche Verzicht auf die dem Bürgen zuſtehende Rechtswohlthaten. Dieſer mag nicht belanget werden, wenn der Hauptſchuldner die Zahlung beſchaffen kan, und will, ſondern nur, dafern er aus Unvermögen oder Saumſeligkeit ſich deſſen weigert.

(a) LAUTERBACH de Beneficio excuſſionis §. 22. STRYCK de Cautelis contractuum Sect. 2. Cap. 6. §. 22. COCCEJUS Jur. controv. Tit. de Fidejuſſoribus Qu. 13.

(b) L. 109. pr. de Legatis 1. L. 12. de Rebus dubiis. BERLICH Part. II. Dec. 291. n. 13. BRENNEISEN de Præſtatione evictionis in ceſſione Cap. 2. §. 6.

(c) HERING de Fidejuſſoribus Cap. 27. Part. 1. n. 79. MEVIUS Part. IX. Dec. 6. VOET ad ff. Tit. de Fidejuſſoribus §. 16. GUNDLING de Beneficio excuſſionis Cap. 5. §. 4.

XLI. Bedenken.

Ob die den herrſchaftlichen Pächtern von dem Feinde abgepreßte Pachtgelder, welche annoch nicht fällig waren, der Königl. Rent- und Cloſter-Kammer in Rechnung gebracht werden können?

Man mögte dafür halten, es komme nicht darauf an, wie der Feind eine ſolche Exaction nenne. Dieſelbe ſey in der That eine Brandſchatzung, wodurch des Pächters und Verpächters Güter vom Verderben errettet werden, mithin müſten beyde dazu einen Beytrag thun. Das Pachtgeld ſey noch nicht fällig, und alſo unzahlbar geweſen.

Allein, ſo lange der Feind in dem Beſitz eines Landes iſt, hat er die Befugniß, deſſen Aufkünfte beyzutreiben. Ob gleich vermöge Contracts die Pachtgelder noch nicht fällig geweſen, ſo war dennoch vom Pächter zur Zeit der Zahlung die Erndte bereits geſchehen, wofür er ſie zu entrichten ſchuldig, und an jenen Contract durfte ſich der Feind nicht kehren. Es lehret ganz recht VOET ad ff. tit. locati §. 28., cogendos haut eſſe prædiorum conductores ad mercedem locatori iterato ſolvendam, ſi eam hoſtibus ea regione ad tempus potitis bona fide ac ſine colluſione ſolvere compulſi ſint, nec ante hoſtilem occupationem in mora ſolvendi fuerint ex more regionis; minus obeſſe, quod Papinianus ſcripſit, eum, qui vecturas navium & penſiones inſularum, quas dominus locaverat, prædoni ſolvit, hoc ipſo non liberari, cum prædo illic accipiatur pro malæ fidei poſſeſſore, qui privatus eſt, ac neque vi coegit ad ſolvendum, neque ſi vi compuliſſet, ullo id feciſſet jure, contra quam eſt in hoſtibus, qui belli jure ex jure gentium muniti, & per hoc a prædonibus etiam publicis diſtincti ſunt.

XLII. Bedenken.

Von der Wirkung eines verweigerten Eides.

In der Grafſchaft Hoya begehrte ein Meyer Johann Becker von Johann Zielebahr, daß er ihm einen Kamp abtreten ſolte, der zu ſeinem Hofe gehöre, und weil er den Grund der Klage nicht darthun konnte, ſo forderte er vom Beklagten einen Eid, „daß er über dieſen Kamp keine Briefſchaften im Hauſe, davon niemahls etwas Schriftliches geſehen, noch weniger die darüber haltende Urkunde doloſe ab Händen gebracht, auch von ſeinem Vater oder Groß-

vater

Vater niemahls gehöret habe, daß der Kamp von Klägers Stette an ſeinen Hof verſetzet oder verkaufet worden.„ Solchen Eid acceptirte der Beklagte zwar, Weigerte ſich aber nachmahls, ihn zu leiſten. Die Acten wurden darauf vom Amt Alten-Bruchhauſen an eine Juriſtenfacultät verſand, und dieſe erkandte am 27. April 1741, „daß Beklagter nunmehro wegen der Puncte, darüber ihm der Eid deferiret worden, pro confeſſo zu halten, auch die Expenſas retardatæ litis, prævia liquidatione & moderatione, Klägern zu erſtatten ſchuldig ſey. Würde nun dieſer hiernächſt beſſer, als geſchehen, beſcheinigen, daß der Kamp qu. zu ſeinem Hofe gehöre, und ohne guthsherrlichen Conſens davon verſetzet oder ſonſt veräuſſert worden, ſo ergehet darauf in der Sache ferner was Rechtens.„ Die Rationes decidendi beſtunden darin, „daß weil 1) keine Copeyen der geforderten Urkunde fürhanden, man dieſelbe pro editis & recognitis nicht halten könne; wie denn auch 2) ſecundum jus commune die Umſtände, zu deren Beſtärkung die Edition geſuchet worden, keinesweges vor eingeräumet zu achten wären, und erweiſe 3) das zweyte Membrum juramenti delati des Klägers Intention zwar in tantum aber nicht in totum, indem daraus, daß der Kamp qu. nicht erblich zu des Beklagten Stelle gehöre, noch nicht folge, daß er zu Klägers Hofe gehöre, und ohne guthsherrlichen Conſens verſetzet oder veräuſſert ſey, welches der Vindicans vermöge Conſtitutionis de 1699 erweiſen müſſe. Dem Kläger liege alſo ob, über das Thema probandum Beklagten den Haupteid zu deferiren, oder per Teſtes zu erweiſen, was er durch die Documenta darthun wollen.„

Von dieſer Urtel appellirte ſelbiger an die Königl. Hannöverſche Juſtitzcanzley, und ertheilte am 17. Nov. 1744 eine Reformatoriam folgenden Inhalts: Nachdemmahlen Appellat vermöge der am 29. April 1741 eröfneten Urtel wegen derjenigen Puncten, worüber ihm der Eid deferiret worden, pro confeſſo, mithin derſelbe Inhalts der im Amts-Protocollo vom 17. Dec. 1738 enthaltenen, und von ihm anfänglich acceptirten, auch verſchiedentlich rechtskräftig beſtätigten Eidesformul nunmehro vor überzeuget zu achten, daß er von ſeinem Vater wohl gehöret, daß der in Anſpruch genommene Kamp von Beckers jetzo des Appellanten Stette an ſeinen des Appellaten Hof verſetzet oder verkaufet worden, er auch die ſothanen Kamp angehende Briefſchaften nicht nur vormahls wohl geſehen, ſondern auch ſolche Urkunde entweder annoch wirklich im Hauſe, oder böslicher Weiſe ab Händen gebracht habe; überdem auch in denen von Appellanten mehrmalen angezogenen Ober-Appellations-auch andern hieſiges Landes-Gerichtsordnungen deutlich verſehen, daß auf dergleichen verweigerte Ei-

desleiſtungen des klagenden Theils Intention vor begründet angenommen werden ſolle, daß dannenhero Appellat den Kamp qu. ſo fort an Appellanten hinwieder abzutreten, und mit ſeiner etwa daran habenden Forderung an des vormaligen Alienantis hinterlaſſenes Allodium ſich zu halten, weniger nicht, alle auf dieſen Prozeß dem Appellanten ſo widerrechtlich verurſachte Unkoſten, nebſt denen in obgedachter Sentenz erkandten Extenſis retardatæ litis, richterlicher Ermäßigung vorbehältlich, zu erſtatten ſchuldig ſey.„

Wider ſolchen Spruch gebrauchte ſich Beklagter des Remedii ſupplicationis und als die Acta an eine andere Juriſtenfacultät geſchicket worden, erfolgte am 11. Jan. 1746. folgende Urtel: „Nunmehro aus den Acten ſo viel zu befinden, daß wegen derjenigen Puncten, darüber Supplicanten der Eid deferiret worden, nach der Declaration der den 17. Nov. 1744 publicirten Sentenz, Actor zwar pro confeſſo zu halten, deswegen aber den Kamp. qu. an Appellanten hinwieder abzutreten, und mit ſeiner etwan daran habenden und erweislich zu machenden Forderung an des vormaligen Alienantis hinterlaſſenes Allodium ſich zu halten nicht ſchuldig, ſondern Appellant iſt vielmehr die in dem den 29ten April 1741 eröfneten Urtel ihm zuerkandte Beſcheinigung beyzubringen, gehalten.„ In Rationibus decidendi wurde geſaget, wenn man Beklagten ſchlechterdings zur Reſtitution des Kamps anhalten wolte, ſo wäre am Ende eine Nullitätsklage zu befürchten. Der Eid ſey nur in judicio præparatorio deferiret, maßen Kläger ſelbſt nicht gewußt, ob er Reivindicationem oder Actionem pignoratitiam anſtellen ſollen. Dem Beklagtem wäre aſo keine andere Confeſſion, als die dem Sinn des Appellanten gemäß, zu imputiren, daß jener nemlich von ſeinem Vater oder Großvater gehöret, daß der Kamp qu. von Beckers Stette an ſeinen Hof verſetzet oder verkaufet worden, woraus aber nicht folge, daß der Verkauf ohne gutsherrlichen Conſens geſchehen, oder die Reluition ohnentgeldlich erfolgen müſſe. Wolte man Beklagten in der Hauptſache pro confeſſo halten, ſo wäre er contra recuſatum juramentum editionis ex capite ignorantiæ & ruſticitatis in integrum zu reſtituiren. Wenn gleich der Kamp von Beckers Stette veräuſſert ſey, ſo trete daraus nicht ein, daß er ein eigentlich dazu gehöriges Pertinenz geweſen. Im Fall einer Verſetzung muß Kläger bey der Reſtitution den Pfandſchilling erlegen, den er nicht zu beſtimmen wiſſe.„

Von dieſer Urtel ſupplicirte der Kläger, und erhielte bey der Königl. Hannöverſchen Juſtizcanzley am 18. Dec. 1758 dieſes Erkenntniß: „Weil Supplicat den ihm zugeſchobenen und von demſelben acceptirten Haupteid zu leiſten

verwei-

verweigert, auch an deſſen Relevanz nicht zu zweifeln, mithin zu vermuthen, daß die von Alters bey einem Meyerhof geweſene Stücke Pertinenzien deſſelben ſind, ſo lange unerwieſen, daß ſie ſpeciali titulo erworben worden, ſo iſt Supplicat zwar den Kamp qu. Supplicanten abzutreten ſchuldig, jedoch nicht ehe, bevor ihm deſſen durch beeidigte Wardiersleute beſtimten Werth erleget hat.

Die Entſcheidungsgründe waren folgende: 1) Wird ein Documentum, deſſen Herausgabe jemand verweigert, nur alsdenn billig nicht pro edito erkläret, wenn dem Kläger ganz unbekand, was darin enthalten. Zeiget er aber ſolches an, ſo iſt allerdings ſeine Anzeige als richtig anzunehmen (a). In dieſem Fall befindet man ſich nun allhier, da der Kläger behaupten will, es müſſe aus den Documentis erhellen, daß der Kamp qu. von ſeinem Hofe veräuſſert ſey. Hindert auch nichts, daß ihm unbewuſt, ob ſelbiger verkaufet oder verpfändet worden, da vermöge der Conſtitution von 1699 in beyden Fällen die Wiedera btretung geſchehen muß.

2) Enthält die Eidesformul zugleich das Juramentum editionis und einen Haupteid. Ihr erſtes Membrum betrift die herauszugebende Briefſchaften, das zweyte aber kan die Sache gänzlich entſcheiden. Denn der Beklagte ſoll ſchweren, von ſeinen Vorfahren nicht gehöret zu haben, daß der Kamp qu. ein Pertinens der Beckerſchen Stette geweſen. Da er ſolches verweigert hat, ſo ſetzet die Urtel von 1744 billig ſein Geſtändniß voraus, daß er von ſeinem Vater wohl gehöret, wie der in Anſpruch genommene Kamp von des Klägers Stette an die Seinige verſetzet oder verkaufet worden (b).

3) Hat ſelbiger durch die Acceptation des Eides aus bauriſcher Einfalt nichts Unrechtes gethan. Er war ſchuldig, den über der Edition ihm deferirten Eid zu leiſten (c), und daß er nicht verweigern können, den ihm zugeſchobenen Haupteid zu ſchweren, erkennet die Juriſtenfacultät, welche die erſte Urtel gemachet hat. Daß aber die Formula juramenti ganz relevant abgefaſſet worden, iſt ſo eben dargethan.

Der Beklagte fochte dieſes Erkenntniß an, und erhielte von einer dritten Juriſtenfacultät am 17. Februar 1760 folgende Urtel: „Nunmehro aus den Acten ſo viel zu befinden, daß Supplicant den ſtreitigen Kamp gegen deſſen durch beeidigte Wardiersleute beſtimten Werth dem Supplicaten noch zur Zeit abzutreten nicht verbunden, ſondern es iſt Supplicat zuförderſt die ihm durch die

num.

num. 37. und 69. befindliche Erkenntniſſe auferlegte Beſcheinigung zu führen ſchuldig.„ Die Herren Urthelsfaſſer halten dafür, daß wenn gleich Beklagter von ſeinem Vater gehöret, daß der Kamp qu. von Beklagtens Hofe an ſeine Stette verkaufet oder verſetzet ſey, jedoch von Hörenſagen man auf einer Sache Wirklichkeit nicht ſchlieſſen müſſe, ſondern jenes ſich vielleicht auf einen bloſſen Rumorem gründe; auch, da Beklagter des Leſens unerfahren, er von dem Inhalt der Briefſchaften ohnmöglich Nachricht haben können. Es iſt aber von demſelben darüber kein Eid gefordert, daß ſein Vater nicht gemuthmaſſet, der Kamp qu. ſey ein Pertinenz des Beckerſchen Hofes geweſen, ſondern daß er als eine gewiſſe ihm zuverläßig bekannte Sache nicht vom Munde gegeben, und wegen des verweigerten Eides muß er ſolches Geſtändniß einräumen, welches ein Teſtimonium de auditu proprio vollenkommen erweiſet (d). Es iſt auch ganz unglaublich, daß ein Bauer Documenta bewahret, ohne Erkundigung einzuziehen, was darin enthalten iſt, und ſie ſich vorleſen zu laſſen, wenn er ſelbſt nicht leſen kan, bevorab, dafern deren Edition von ihm gefordert wird, wie es im gegenwärtigen Fall geſchehen.

(a) Ubi tenor articuli eſt expoſitus, in poenam jurare nolentis pro tali habetur, qualis eſt expoſitus. BERGER E. D. F. tit. 26. Obſ. 3. p. 785.

(b) Quando quis edere inſtrumenta, & juramentum de ſe exactum præſtare recuſat, ſi reus eſt, actoris intentio pro fundata declarari debet. PUFENDORF in Proc. civ. Cap. 8. §. 59. p. 452. HARPRECHT Conſ. 75. n. 220.

(c) CARPZOV Part. I. Conſt. 17. Def. 29. n. 5. BRUNNEMANN in Proc. civ. Cap. 19. n. 24.

(d) FARINACIUS de Teſtibus Tit. VII. Qu. 69. n. 153.

XLIII. Bedenken.

Die Pertinenzien eines Baurenhofes ſind im Zweifel für Meyerguth zu halten, und wer behaupten will, daß ſie mit guthsherrlichen Conſens veräuſſert worden, muß ſolches erweiſen.

Aus dem bisher angeführten erhellet, daß die Juriſtenfacultäten demjenigen, der ein von ſeinem Hofe veräuſſertes Stück wieder herbey zu bringen ſuchet,

chet, den Beweis aufgeleget haben, daß es zum Hofe gehöre, und ohne guthsherrlichen Conſens veräuſſert worden.

Die Königl. Hannöverſche Juſtitzcanzley iſt, wie aus ihren angeführten Sprüchen erhellet, anderer Meinung, und zwar deswegen, weil die Conſtitution von 1699 verbietet, „die von Alters bey den Höfen geweſene, nicht aber notorie und erweislich dabey gekaufte, donirte, ererbte oder ſonſt Titulo plane ſpeciali acquirirte Ländereyen, Kämpe ꝛc. zu veräuſſern.„ Es lieget alſo demjenigen der Beweis ob, welcher verneinet, daß ein von Alters beym Hofe geweſenes Stück deſſen Pertinenz iſt, und dieſes wollen auch die gemeine Rechte, wenn der Meyerbrief die Zubehörungen des Hofes nicht ſtückweis nahmhaft machet, und das Stück qu. übergehet. Denn die mehreſte Baurengüter ſind Meyergüter, und werden deswegen im Zweifel billig dafür gehalten. Wenn auch einem Lehnmann oder Meyer eine Univerſitas zu Lehn, oder Meyersweiſe eingethan worden, ſo iſt die Intentio Domi i quoad omnes ejus partes gegründet, niſi procetur illas ſpeciali titulo eſſe quæſitas (a).

Die Conſtitution von 1699 erfordert ferner Cap. I. §. 2. vom Inhaber des ſtreitigen Stücks den Beweis, „daß es mit ausdrücklichen des Guthsherren Conſens verpfändet oder veralieniret worden;„ und alſo kann man ſelbigen dem Vindicanti nicht auflegen.

(a) LUDOLF Symph. Vol. I. Conſ. 5. p. 127. Meine Commentation de Jure Villicorum Cap. 3. §. 27.

XLIV. Bedenken.

Die Wiederabtretung eines zum Meyerguth gehörigen Stücks darf nicht unentgeldlich geſchehen, und wenn das ehmals erlegte Kaufgeld oder der Pfandſchilling unbekand, ſo iſt der wahre Werth dem bisherigen Beſitzer zu bezahlen.

Es gewinnet das Anſehen, als müſte die Wiederabtretung eines zum Meyerguth gehörigen Stücks unentgeldlich geſchehen, wenn nicht erwieſen worden, daß der Vindicans von demjenigen, welcher ein ſolches Stück unzuläßiger Weiſe verkaufet, verpfändet oder ſonſt alieniret, in gerader abſteigender Linie poſteriret, oder ſonſt ex alio nexu deſſen Facta zu präſtiren ſchuldig iſt, als welchenfalls derſelbe, beſage oft angeführter Verordnung von 1699 Cap. I. §. 4.,

 dem

dem Inhaber dergleichen alienirten Stücks vor deſſen Wiedereinräumung und Abtretung wegen der darauf erweislich ausgelegten und verſchoſſenen Kaufgelder oder Pfandſchillings völlige Satisfaction geben muß. Dieſes hat ſeine Richtigkeit, und iſt der Beſitzer an des Alienantis allodium zu verweiſen, wenn erhellet, daß ſolches dem Vindicanti oder deſſen Vorfahren nicht zu Theil worden, ſolches aber von Meyergüthern nicht zu vermuthen, welche zu veräuſſern unerlaubet iſt, und die daher ſeltener, als Erbgüther, in andere Hände kommen. Sie werden wol der Frau auf den Fall verſchrieben, wenn der Mann ohne Leibeserben verſtirbt. Aber ſolchenfalls iſt jene ihres Ehemanns Erbin, und deſſen Facta zu präſtiren ſchuldig, auch die Immixtio heredum ſuorum zu vermuthen (c). Es lieget alſo dem Vindicanti der Beweis ob, wenn er verneinet desjenigen Erbe zu ſeyn, welcher die Veräuſſerung gethan.

Oefters aber weiß man nicht, worin das Kaufgeld oder der Pfandſchilling beſtanden, und alsdenn wird gefraget, welchergeſtalt ſolcher zu beſtimmen iſt? In der Conſtitution von 1699 Cap. I. §. 5. heißet es: Alldieweil aber zu Zeiten ſich begiebet, daß weder dem Debitori noch Creditori wiſſend, und alſo ganz unbekand, beydes zu welcher Zeit ein Stück vom Hofe kommen, und wie viel Geld darauf genommen, oder daraus gelöſet ſey, ſo ſoll ſolchenfalls der Beſitzer ſothanen Stücks, wenn er daſſelbe vor Anno 1650 ſchon in ruhigem Beſitz gehabt, daſſelbe abzutreten, oder fahren zu laſſen nicht ſchuldig ſeyn, ehe und bevor ihm die Hälfte des Werths ſolchen Stücks, wozu es zur Zeit der Vindicirung ſeinem jährlichen Ertrage nach, und zwar die Aecker nach Morgenzahl oder Himbten Einfall, die Wieſen aber nach Fuderzahl durch unpartheyiſche aus den benachbarten Orten hiezu genommene und beeidigte Wardiersleute äſtimiret würde, baar erleget und bezahlet werden.„ Dieſe Verordnung handelt aber nur von denen vor 1650 unternommenen Alienationen, mit welchen es die ſonderbare Bewandniß hatte, daß ſie währenden 30jahrigen Krieges geſchehen. Zu dieſer Zeit war der Preiß der Landgüter unter dem wahren Werth gefallen, weil man fürchten muſte, durch feindliche Ueberziehungen vielfältig um die Erndte zu kommen. Solche Ratio findet in den folgenden friedlichen Zeiten keine Anwendung, und die Steigerung der Preiſe ſeit 30. 40. 50. Jahren rühret hauptſächlich daher, daß die Münze ſchlimmer worden, welches veranlaſſet, daß diejenige, ſo mit heutiger Courantmünze eine weit gröſſere Summe empfangen, in der That wenig mehr überkommen, als die, ſo ehemals mit beſſerm Gelde ein geringers Quantum erhielten (b). Es iſt daher das wieder herbey

gebrach-

gebrachte Stück durch beeidigte Wardiersleute zu taxiren, und das ganze Taxatum dem bisherigen Beſitzer auszuzahlen.

(a) Herr Ober-Appellationsrath PUFENDORF Tom. III. Obſ. 8.

(b) Hannöverſche gelehrte Anzeigen von 1756. 86. Stück.

XLV. Bedenken.

Um den feindlichen Anforderungen ein Genügen zu leiſten, und dadurch die angedrohte Verheerung abzuwenden, mag eine Obrigkeit der Unterthanen Vermögen ohne deren Vorbewuſt und Willen dem Feinde liefern, welchenfalls nicht dieſelbe, ſondern diejenige, deren Habſeligkeit dadurch gerettet worden, die Eigenthümer der weggenommenen Sachen ſchadlos halten müſſen.

Als die Franzoſen 1758, bey ihrem Abzuge aus den Braunſchweig-Lüneburgiſchen Landen, durch das Amt Springe nach Hameln giengen, und von deſſen Eingeſeſſenen unter den ſchärfſten Bedrohungen forderten, daß ſie ihnen eine ſolche Menge Fourage liefern ſolten, als ſich daſelbſt nicht fande, brachten die Beamte in Erfahrung, daß Jemand im Dorf Völkſen eine gute Quantität zuſammen gekauftes Heu eingeſcheuret hatte, welches ſie, ohne deſſen Vorbewuſt, hinweg nahmen, und damit den Feind befriedigten. Der Eigenthümer forderte von ihnen deſſen Erſetzung. Sie wurden aber von der Königl. Hannöverſchen Juſtitzcanzley losgeſprochen, und der Kläger an die ſämtliche Amtseingeſeſſene, Befreyete und Unbefreyete, verwieſen, denen die Fouragelieferung befohlen, und von welchen dadurch, daß ſie geſchehen, die angedrohete militäriſche Execution abgewendet worden, jedoch den Beamten auferleget, von ſelbigen, ſo fern ſie deren Gerichtszwang unterworfen, Klägern zur Schadloshaltung zu verhelfen, auch die ihnen zuſtehende Action wider diejenige, denen ihre Vorkehrung Vortheil geſchaffet, ihm, den Rechten nach, zu cediren. Der Entſcheidungsgrund war dieſer. Der Lex Rhodia de jactu findet ſeine Zueignung ſowohl in dem Fall, wenn jemand das Seinige hergegeben, um von anderer Gütern die feindliche Verheerung abzuwenden, als wenn Sachen über Bord geworfen worden, um einen beſorglichen Schiffbruch zu verhüten, und alſo die andern zugehörige im Schiff befindliche zu retten (a). Die Lieferung des Heues hatte den Feind beweget, das angedrohete verderbliche Fouragiren und die

gänzliche Verheerung des Amts Springe nicht ins Werk zu richten, mithin war ſelbiges allen Einzeſeſſenen zum Beſten angewandt. Zwar verſtattet der Lex Rhodia, daß man den Magiſtrum navis, welcher die Waaren ausgeworfen, belange, und daher gewinnet es das Anſehen, als ſey die Action wider die Beamte gegründet, und müſten ſelbige ihren Regreß gegen die Unterthanen nehmen. Aber mittelſt dieſer Action mag der Magiſter navis nicht gezwungen werden, den Kläger ſchadlos zu ſtellen, ſondern er muß nur die Güter derjenigen, welchen zum Beſten der Wurf geſchehen, nicht verabfolgen laſſen, bis ſie zu ihrem Antheil den Werth der ausgeworfenen Sachen erleget haben (b). Wäre ſolcher nicht von allen zu erhalten, ſo iſt derſelbe keinesweges ſchuldig, das Mangelnde aus dem Seinigen zuzuſchieſſen (c), und gänzlich loszuſprechen, wenn er erbötig iſt, die ihm wider die Eigenthümer der geretteten Sachen zuſtehende Action demjenigen zu übertragen, deſſen Güter ins Meer geworfen worden (d).

(a) LAUTERBACH de Aequitate & extenſione Legis Rhodiæ §. 21. STRYCK U. M. Tit. de Lege Rhodia §. 12. MULLER ad Struv. Ex. 20. §. 27. Lit. Z. LUDEWIG de Sociis ſtipendiariis hoſti Cap. 3. §. 6. LEYSER Spec. 160. Med. 3.

(b) STRUV Ex. 20. §. 24.

(c) L. 2. §. 6. ad Leg. Rhod.

(d) L. 51. ff. de Peculio. VOET ad ff. Tit. de Lege Rhodia §. 11. Quoties enim quis tenetur & convenitur ob id tantum, quod contra alium habet actionem, liberator eam præſtando, & delegatio pro juſta præſtatione eſt. FABER in Rational. ad L. 51. de Peculio. BRUNNEMAN ad d. L. n. 1.

XLVI. Bedenken.

Daß Eheleute einander erben, gründet ſich nicht in der Gemeinſchaft ihrer Güther.

Wenn ein Ehegatte ohne Kinder verſtirbet, ſo iſt der Ueberlebende in den Chur-Braunſchweigiſchen Landen ſein Erbe nicht, ſondern die Succeſſion geſchiehet nach den Römiſchen Rechten. An einigen Orten hat man jedoch das längſt Leib, längſt Guth eingeführet, und iſt beſonders in der Stadt

Einbeck, mittelſt eines, von der Landesherrſchaft beſtätigten Statuti verordnet, daß, „wenn ein Ehegatte ohne Kinder, oder eine in den Rechten beſtändige Verordnung über ſein Vermögen zu hinterlaſſen, verſtirbet, der Ueberlebende den Verſtorbenen auf ſolchen Fall ſowohl an fahrender Haabe, als liegenden Gründen, völlig beerben, auch des Verſtorbenen etwa noch lebenden Eltern die Legitimam heraus zu geben, nicht ſchuldig ſeyn ſolle (a).„ Dieſes wolten in Sachen Warburg wider Thiebaut der Frauen Erben ab inteſtato auf den Fall einſchränken, wenn die Eheleute in communione bonorum gelebet haben, und ſie ſuchten zu behaupten, es mache den Mann des Erbrechts verluſtig, daß die Frau ihre Güter für ſich behalten, und ihm davon, währender Ehe, nichts zu gute kommen laſſen. Allein, das Erbrecht der Eheleute gründet ſich keinesweges in der Gemeinſchaft der Güter, welche in Teutſchland jünger iſt, als jenes (b). Das längſt Leib, längſt Guth, gilt unter Bürgern und Bauren in der Grafſchaft Hoya und an mehren Orten. Alle übrige Rechte der Eheleute werden aber daſelbſt den Römiſchen Geſetzen gemäß beſtimmet, und niemand muthet einer Frau an, ihres Ehemannes Schulden zu bezahlen. Die Succeſſio conjugum iſt aus politiſchen Urſachen inſonderheit deswegen eingeführet, damit die Eheleute ſo vielmehr aufgemuntert werden, die Erhaltung und Vermehrung beyderſeitiger Güter befördern zu helfen. Dieſer Bewegungsgrund machet bey einer Frau, welche Bona receptitia hat, ſo vielen Eindruck, als bey einer armen, die ihrem Mann nichts zubringen können, die ſich es ſauer werden läſſet, wenn ſie hoffen mag, ihrer Arbeit zu genieſſen, nicht leicht aber groſſe Mühe anwendet, dafern ſolches des Mannes Anverwandten zum Beſten geſchiehet. Es wurde daher 1758 des Einbeckiſchen Magiſtrats dem Wittwer die Erbſchaft zu billigendes Erkenntniß von der Königl. Hannöverſchen Juſtitzcanzley beſtätiget.

(a) Herr Ober-Appellationsrath PUFENDORF Obſerv. Tom. III.

(b) Hr. PESTEL in dem ſchönen Tractat de Succeſſione inter conjuges ab inteſtato Cap. I. §. 14. 21. 28. Cap. 2. §. 6.

XLVII. Bedenken.

Wie viele Tage auf einen Monat bey Beurtheilung der Fatalien zu rechnen ſind.

Daß nach den Römiſchen Rechten 30 Tage einen Monath ausmachen, iſt in Lib. 101. ff. de Diverſis Regulis Juris alſo klar verſehen: Ubi lex duorum menſium fecit mentionem, & qui ſexageſimo & primo die venerit, audiendus eſt: ita enim & Imperator Antoninus cum Divo parte ſuo reſcripſit; in der Cammergerichtsordnung auch Part. II. tit 33. §. 3. ausdrücklich geordnet, „daß je für einen Monath 30 Tage gerechnet werden ſollen.„ Zwar heiſſet es in dem Reichsabſchied von 1548 §. 53: „ Und ſoll bemeldter unſer Kayſerl. Fiſcal hiemit Befehl haben, wider die ausgezogene zu procediren, auch die ausziehende für ihr Intereſſe dazu citiren, alſo daß gegen alle jetzt gemeldte ausgezogene und ausziehende Stände durch unſern Kayſerl. Fiſcal unverzüglich, als nemlich in 6 Monathen, ein jeder Monat zu 4 Wochen zu rechnen, -- die Citationes ausgebracht und verkündiget werden ſollen.„ Allein hier iſt die Rede von dem beſondern Fall der Execution, ſo wider die Eximenten vorzunehmen, und die in der Cammergerichtsordnung enthaltene Regul neuer, welche man auch bey dieſem höchſten Gericht noch immer beobachtet (a). Zwar beſtehen die mehreſte Monathe aus 31 Tagen, und deswegen ſcheinet die Meinung derjenigen Beyfall zu verdienen, welche dieſe auf einen Monath rechnen (b). Andere wollen, Menſem terminari eadem die menſis ſequentis, ſic ut ſi menſis emergens, in quo tibi aſſignatur dilatio, habeat 31 dies, habebis dilationem 31 dierum (c). MEVIUS ſchreibet hievon Part. I. Dec. 231: Conſultius reputatum, fatalia ita momentis non adſtringere, ſeu in difficilius examen conjicere, præſertim cum in mora modici temporis parum incommodi, ideo & minus præjudicii ſit. Idcirco concluſum, ſic ſervare, quod ut in Calendariis menſes deſcribuntur, & ſub iis dies numerantur, ita etiam circa appellationes reputari debent, ut quo menſis die quisque appellavit, eodem poſt tertium menſem fatale introductionis laberetur, non attento menſem interea lapſum uno alterove die ampliorem, adeoque plures quam 90 dies lapſos eſſe, uti ſunt his diſpares in Calendariis menſes deſcripti. Sic uſibus humanis & captui hominum jura applicare aequius, & Judici in judicando expeditius eſt. Ich pflichtete dieſem völlig bey, wenn die Frage von der Abfaſſung einer Gerichtsordnung wäre. Die Richter können aber kein Geſetz ändern, und von denen ihnen vorgeſchriebenen Kayſerl. Rechten abgehen. Es iſt auch eine ſelbigen zuwiderlaufende beſtändige Obſervanz unerweislich, ſondern

dern von unſern Gerichten bald das Römiſche Recht, und bald des Mevii Lehre befolget. Da immittelſt es ein Fehler iſt, der entſchuldiget zu werden verdienet, wenn eine Parthey glaubte, daß 4 ganze Wochen auf einen Monath zu rechnen ſind, und deswegen die Juſtificationsſchrift zu ſpät einbrächte, ſo gedeihet ihr billig Reſtitutio in integrum an, dafern die Materialia Anſchein haben.

(a) BLUMIUS Proc. Camer. Tit. 27. §. 105. TAFINGER Inſt. Jur. Camer. §. 965. ALTWEIN de Legali menſium tempore §. 39.

(b) MENOCH de Arbitrariis Judicum quæſtionibus Lib. 2. Cent. I. caſ. 50. n. 9.

(c) SCACCIAS de Judiciis Lib. 2. Cap. 3. n. 359.

XLVIII. Bedenken.

Dem unehlichen Kinde ſeiner Tochter kan der Großvater nichts vermachen.

Es heiſſet in Auth. Licet C. de naturalibus liberis: Licet patri ſine legitima prole ſeu parente, cui relinqui neceſſe eſt, decedenti naturalibus totam ſubſtantiam ſuam vel inter vivos largiri, vel in teſtamento transmittere. Quod ſi parentes duntaxat ei ſuperſint, legitima parte parentibus relicta, reliquum inter naturales diſtribui permittitur. Ab inteſtato vero, cum deſit ſoboles civilis, nec ſuperſit conjunx legitima, ſi naturales ex concubina exſtant, quæ ſola ei indubitato adfectu conjuncta, in duas paternæ ſubſtantiæ uncias ſuccedant, ut matri inter eos virilis portio (ſi ſupereſt) detur. Hujusmodi enim naturales filios paſci boni viri arbitratu eſt neceſſe, ſive legitimi extant, & ſuccedunt, ſive conjuge viva quilibet alii ſunt heredes. Hi ergo & parentibus parem præſtent, ſi opus ſit, pietatem. *Sed qui ex damnato ſunt coitu, omni prorſus beneficio excludantur.* Aus einem ſolchen damnato coitu ſind die heutige Hurenkinder entſproſſen, da der Conbubinatus durch die Reichsgeſetze verboten worden. Ihnen kan daher der Vater nichts vermachen, wenn gleich niemand zweifelt, wer derſelbe iſt (a), und legen viele die Jura liberorum naturalium den Spuriis ohne Grund bey. (b). Der Lib. 12. Cod. de naturalibus liberis verordnet: Cuidam, qui juſtum filium habebat, nepos acceſſit naturalis. Si nepotis nomen hujusmodi ſoboli legibus accommodandum eſſet, quærebatur. Volebat enim tali naturali nepoti ex ſuo legitimo filio jam defuncto progenito totam ſuam ſubſtantiam relinquere, quaſi ſacris conſtitutionibus tantummodo in filiis naturalibus prohibenti-

bus

bus totum patrimonium ſive quantam partem voluerit ei relinquere, & certo ſine partem eorum concludentibus? -- Ea (legitima ſobole) ſubſiſtente, veterum conſtitutionum tenorem in naturalibus filiis ſtatutum in nepotes extendimus (c). Den natürlichen Söhnen gebührte eine Uncia, oder der zwölfte Theil der Erbſchaft. Da nun alſo der Nepos naturalis kein beſſeres Recht hat, als der filius naturalis, ſo iſt nicht abzuſehen, warum man dem Nepoti ſpurio eine mehre Befugniß beylegen wolle, wie dem Filio ſpurio, mithin iſt ſelbiger alles Erbrechts unfähig. Als demnach Rinrot ſeiner Tochter Erbtheil ihrem unehelichen Sohn Conrad Freund vermachte, erkante die Königl. Hannöverſche Juſtitzcanzley am 5. Febr. 1759, daß derſelbe von der großväterlichen Erbſchaft gänzlich auszuſchlieſſen ſey.

(a) MENOCH Lib. 4. Præſ. 96. MYNSINGER Cent. I. Obſ. 35. BARBY de Succeſſionibus Lib. I. Tit. 3. n. 10. PEREZ ad Cod. Tit. de naturalibus liberis n. 2. VOET ad ff. Tit. ad SC. Tertullianum § 8. Herr PUFENDORF Tom. I. Obſ. 89. MENCKEN de Succeſſione liberorum naturalium ad ſpurios non pertinente §. 1.2.10

(b) BRUNNEMANN ad L. 2. C. de naturalibus liberis n. 11. STRYK de Succeſſione ab inteſtato diſſ. I. Cap. 2. §. 53.

(c) BARRY d. l. Tit. 8. n. 18. MANZIUS de Teſtamento valido & invalido Tit. 6. Quæſt. 7. n. 138.

XLIX. Bedenken.

Dafern bisher von einem Meyerguth nur nach des Meyers Abgang der Weinkauf entrichtet worden, ſo iſt ſelbiges nach Abgang des Guthsherren damit nicht zu beſchweren, wenn gleich aus Irrthum von deſſen Nachfolger ein neuer Meyerbrief angenommen, und etwas auf den Weinkauf bezahlet wäre.

Es geſtunde der Meyer Lochmann, daß er von ſeinem Guthsherrn dem Regiſtrator Schneider nach deſſen Erblaſſers Tode einen Meyerbrief angenommen, und ſelbigem den Weinkauf zum Theil bezahlet hatte. War jedoch erbötig, den ihm deferirten Eid dahin abzuſchweren, daß er nicht gehalten ſey, bey Veränderung des Guthsherrn einen Meyerbrief anzunehmen, und ſo wenig

nig von ſeinen Vorfahren, als jemand anders gehöret habe, daß ſolches geſchehen müſſe. Dieſes iſt auch den Rechten nach zu vermuthen, und wer das Gegentheil behaupten will, dem lieget der Beweis ob (a). Der einzige Actus, worin ſich der Kläger gründete, reichet zur Erlangung eines ſolchen Rechts nicht hin, und ein Bauersmann iſt zu entſchuldigen, wenn er glaubet, daß ihm ſein Guthsherr nichts Widerrechtliches anmuthe.

Zwar heißet es in Lib. 9. §. 3. ff. de Juris & facti ignorantia: Sed juris ignorantiam non prodeſſe, Labeo ita accipiendum exiſtimat, ſi Juriſconſulti copiam haberet, vel ſua prudentia inſtructus ſit, ut cui facile ſit ſcire, ei detrimento ſit juris ignorantia, quod raro accipiendum. Wolte man aber dieſes dahin deuten, daß ſo oft es möglich geweſen, einen Rechtsgelehrten zu Rath zu ziehen, die ignorantia juris niemanden entſchuldige, alsdenn käme ſie nimmer jemand zu ſtatten, weil es an Rechtsgelehrten ſo wenig bey uns mangelt, als es den Römern daran fehlete. Meines Ermeſſens iſt 1) in beſagtem Lege von einer durch die Geſetze klar entſchiedenen Sache die Rede. CUJACIUS ſchreibet Lib. 5. Cap. 39.: Sunt certæ leges & conſtitutiones in promtu publice propoſitæ ut cuivis eas cognoſcere & deſcribere liceat. Contra facta omnia incerta & recondita ſunt, eorum ignorantia ſicut juris ſupina non eſt ſemper; und ein gleiches ſagt man mit gutem Grunde von den ungeſchriebenen Rechten und ſtreitigen Rechtsfragen. Ferner 2) wird voraus geſetzet, daß der Bauer ohne Schwierigkeit einen der Rechte Kundigen zu Rath ziehen, mithin ſeine Befugniß leicht und zuverläßig in Erfahrung bringen können. Beyde Erforderniſſe ſind bey einem Geſchäfte, wobey die geſchriebene Rechte keine ausdrückliche Verordnung enthalten, und auf einem Dorf nicht fürhanden. Wird 3) ein ſolches Geſchäfte gemeiniglich berichtiget, ohne Rechtsgelehrte dazu zu ziehen, ſo iſt niemanden zu verdenken, daß er es unterlaſſen, wohl aber, daß er z. E. ein Teſtament oder eine Unionem prolium ohne Hülfe errichten wollen, ob gleich ihm deren Solennia unbekand geweſen (c). Darf der unerfahrne Bauer keinen Schritt thun, ohne Advocatengebühren aufzuwenden, ſo wird ihm wider alle Billigkeit eine groſſe Laſt aufgeleget. Die Königl. Hannöverſche Juſtitzcanzley erkandte daher Anno 1758, daß ob gleich der Meyer nicht ableugnen können, einen Meyerbrief angenommen, und etwas auf den Weinkauf bezahlet zu haben, gleichwol ſolcher Actus unicus die Sache in petitorio nicht entſcheide, und ſelbiger pro erroneo zu halten ſey, wenn Beklagter den ihm deferirten oberwehnten Eid leiſtet.

(a) Herr PUFENDORF Part. III. Obs. 35.

(b) BOEHMER Tom. Reſp. 139. n. 24.

(c) LEYSER Spec. 289. Med. 5.

L. Bedenken.

Die Königl. Aemter im Fürſtenthum Calenberg ſind nicht befugt, auf Canzleyſäßigen Höfen, Actus jurisdictionis criminalis auszuüben, ſondern dieſes mag nur die Königl. Juſtitzcanzley thun, oder es jemanden ſpecialiter committiren.

Es leidet keinen Zweifel, daß der peinliche Richter die Gerichtsunterthanen des Judicis civilis, welche ihm in peinlichen Sachen unterworfen ſind, unmittelbar verabladen, und zur Haft ziehen könne, wenn er beſchäftiget iſt, die Verbrecher ausfündig zu machen, und zu ſtrafen (a). Daher es das Anſehen gewinnet, als vermögten die überall mit keinen Gerichten verſehene Landſaſſen ſolches um deſtoweniger zu behindern.

Die Churfürſtl. Hannöverſche Juſtitzcanzley hat auch ehemals dafür gehalten, es erſtrecke ſich im Fürſtenthum Calenberg der Aemter peinliche Gerichtbarkeit über die Canzleyſäſſige Höfe, maſſen von ſelbiger am 14. Nov. 1711 in Sachen von Anderten wider das Amt Langenhagen erkand worden, „daß in hieſigen Landen Ratione des bey adelichen Güthern gebrödeten Geſindes üblich und hergebracht, daß in criminalibus und bruchfälligen Sachen denen Churfürſtl. Aemtern die Cognitio und Unterſuchung gebühre.„ Auch wurde am 13. Apr. 1739 in Sachen des clöſterl. Aushofes Reinholdshauſen wider das Amt Friedland zum Beſcheide ertheilet, „daß dem Amt ohngezweifelt die Jurisdictio criminalis über beſagten Aushof mit gebühre, und dadurch daß der Verwalter beſagten Aushofes Behuf der Unterſuchung der von ihm ſelbſt denunciirten Hausdieberey nebſt dem Geſinde citiret worden, um, der Sachen Beſchaffenheit nach, die völlige Auskunft in factis denunciatis ad protocollum zu geben, und ſein übriges Geſinde darüber als Zeugen mit ihrer Kundſchaft gehörig zu vernehmen, ihm nicht zu nahe geſchehen.„

Es gewinnet endlich das Anſehen, als könne derjenige, welcher keine Gerichte hat, von einem andern nicht requiriret werden, ihm obrigkeitliche Hülfe zu leiſten, mithin Citationes und Capturen vorzunehmen.

Die von der immediata citatione & captura des peinlichen Richters handelnde Rechtslehrer reden aber von dem Fall, wenn die verabladende oder zur Haft gezogene Leute, ſamt dem Ort, allwo ſie ſich befinden, dem peinlichen Richter unterworfen ſind. Von deſſen Gewalt eximiret der Gandersheimiſche Landtagsabſchied Art. 40. den Calenbergiſchen Adel mit folgenden Worten: „Obwohl die von Adel dieſes Fürſtenthums Braunſchweig immediate vor dem gnädigen Landesfürſten oder S. Fürſtl. Gnaden Rathſtube oder Hofgericht und ſonſt nirgend zu beklagen, ſo ſollen doch bey dem Fürſtl. Großvoigt zum Calenberge die peinlichen und ſtraffälligen Sachen, auch allgemeine Aufſicht im Amt Calenberg gelaſſen, desgleichen in unleugbaren Schuld- und andern richterlichen Partheyſachen, ſo in mera executione beruhen, deſſelben Amtsunterthanen, auch wider die Eingeſeſſene von Adel, von Amts wegen der Gebühr verholfen werden.„ Hier machet alſo der Landtagsabſchied der peinlichen Sachen halber nur wegen des Calenbergiſchen Großvoigts eine Ausnahme von der Regul, quæ eam firmat in non exceptis, mithin iſt der Adel in peinlichen Sachen den Aemtern nicht unterworfen, ſondern allein der Juſtitzcanzley, maſſen das großvogteyliche Gericht längſt eingangen, und die Calenbergiſche Beamte kein mehres Recht als andere über adeliche Güter haben, welche Exemtion auch auf die Bediente des Adels auszudehnen iſt (b).

Die obangeführte Erkentniſſe haben um deſtoweniger eine geſetzliche Kraft, da keine Res perpetuo judicatæ allhier fürhanden, ſondern von dem Königl. Ober-Appellationsgericht anders geſprochen worden. Denn ſelbiges hat in Sachen des Amts Friedland wider den clöſterl. Aushof Diemarden jenen die unmittelbare Citationes der clöſterl. Unterthanen in criminalibus zwar verſtattet, „jedoch ausgenommen, der in deſſen Lohn und Brodt wirklich ſtehenden Bedienten (c).„ Das Judicatum in der Reinholdshauſiſchen Sache vom 13. April 1739 iſt auch von dieſem höchſten Tribunal am 14. Jun. 1755 folgendergeſtält reformiret: „Nachdem die Schriftſäſſigkeit unſerer Clöſter und deren Aushöfe, daß dieſelbe nebſt denen Cloſterbedienten und deren Geſinde, weil daſſelbe denen Rechten nach mit ihren Dienſtherren gleiches Recht genieſſet, unſern höhern Collegiis ohne Mittel unterworfen ſeyn, in unſern und unſerer in Gott ruhenden Vorfahren an der Regierung gemachten Verordnungen völligen Grund hat, als iſt unſer Amt Friedland in Criminalfällen, die in dem Umfang des Cloſter Aushofes Reinholdshauſen von dem Cloſterverwalter, deſſen Frau und Kindern, wie auch deſſen Geſinde, imgleichen von denen auf dem Cloſterhofe wohnenden Deputatsleuten vorkommen, der Cognition ſich zu enthalten, und ſolche unſerer Juſtitz-

canzley, daß dieſelbe die Inquiſition bewerkſtellige, oder ſpecialiter committire, zu überlaſſen ſchuldig.„ Da nun die Clöſter mit keinen beſondern Vorrechten verſehen, ſondern nur die Befugniſſe der Beſitzer adelicher Güter ſich beylegen, ſo gebühret dieſen ſonder Zweifel ein gleiches Recht.

Endlich ſind die Requiſitiones derſelben ganz üblich. Man muthet ihnen nicht eben das Exercitium eines Actus jurisdictionalis an, ſondern daß ſie ihren Bedienten auferlegen ſollen, ſich vor dem Amt zu ſtellen. Im Fürſtenthum Lüneburg müſſen vermöge Reſolutionis von 1686 §. 1. n. 5. die auf den adelichen Sitzen, Vorwerken und Schäfereyen ſich aufhaltende durch Subſidiales verabladet werden, obwohl die Herren der Höfe keine Gerichtbarkeit über dieſelbe haben. Die Captur eines Deliquenten iſt auch keine gerichtliche Handlung, und ergreifen vielfältig die geringſte Unterthanen ohne Befehl einen verdächtigen Miſſethäter, der davon laufen will. Das Königl. Ober Appellationsgericht erkandte in Sachen des Cloſterausbofes Reinoldshauſen wider das Amt Friedland am 16. Jun. 1759., daß der zeitige Verwalter oder Pächter beſagten Cloſterausbofes bey ſich begebenden Criminalfällen dahin zu ſehen habe, daß wenn, wie bey Aufhebung todter Cörper, oder ſonſt Periculum in mora vorhanden, wo die Verfügung der Juſtitzcanzley nicht füglich abgewartet werden kann, das Nöthige verfüget, wie auch in den übrigen Criminalfällen die Verbrecher bis zu eingelangter Verordnung der Juſtitzcanzley in ſichere Verwahrung gebracht werden.„

(a) CARPZOV Prax. crim. Qu. 109. n. 82. 84. LYNCKER Dec. 588. LYNCK de Jurisdictione centenæ Cap. 3. §. 14.

(b) HEIGIUS Lib. 2. Qu. 25. n. 21. VOET ad ff. Tit. de Judiciis n. 96. Herr Ober-Appellationsrath PUFENDORF de Jurisdictione pag. 670. §. 26.

(c) Eben derſelbe d. l. p. 498.

LI. Bedenken.

Vom Beweis der landesherrlichen Holzgerechtigkeit.

§. I.

Die Forſtgerechtigkeit führet nicht immer das Eigen-

Die förſtliche Obrigkeit, womit die teutſche Reichsſtände überall in ihren Landen verſehen ſind, beſtehet, wenn man ſie in engern Verſtande nimt, in dem Recht, Waldordnungen zu machen, und dadurch den Misbrauch der Holz-

Holzgerechtigkeit zu behindern (a), mithin diejenige zu ſtrafen, welche ſelbigen zuwider handeln (b). Die Holz = und Maſtgerechtigkeit klebet dieſem Hoheitsrecht keinesweges an (c), ſondern wenn das Landesherrl. Forſtamt ſich dieſelbe in einem Walde anmaſſet, welchen ſie nicht beſitzet, ſo lieget ihm der Beweis ob. Zwar haben die teutſche Könige von Alters nicht ſelten Foreſta angeleget, und andere damit begabet, woraus man folgern mögte, daß ſie Eigenthümer der Waldungen geweſen. Der gröſte Theil Teutſchlands war zu ſelbigen Zeiten mit Holz bewachſen, und der mehreſten Wälder hatte ſich wegen der groſſen Menge, welche überall Wild und Holz genug finden lieſſe, niemand angemaſſet. Die herrenloſe Dinge werden aber von vielen Rechtsgelehrten der Landesobrigkeit zugebilliget. Allein es geſchiehet ſolches ohne hinlänglichen Grund, weil nicht erhellet, daß überall eine Königl. Bewilligung auszubringen geweſen, wenn jemand das Holz wegräumen, und daraus artbaftes Land machen wollen; welches nach den damahligen Umſtänden dem gemeinen Weſen zum gröſten Vortheil gereichte (d). Das Wort Foreſtum bedeutet nicht immer, noch zum öftern, einen dem gemeinen Gebrauch entzogenen gehegten Wald, ſondern überhaupt einen Tractum bannitum; daher es auch Foreſta aquarum gabe (e). Die Bannförſte ſind gröſtentheils der Jagd halber angeleget, welche in ſelbigen zu üben, nicht aber zu holzen, allen und jeden, auſſer dem Forſtherrn, unterſaget wurde. Solches erhellet aus den Diplomatibus, die ich anderwärts geſammlet habe (f), und denen ich folgende hiebey fügen will. Es heißet in einem Briefe Königs Henrich II. von 1002 beym Herrgot in Cod. probat. genealog. Habsburg. p. 99.: Per hoc Regiæ majeſtatis noſtræ præceptum (Eccleſiæ Baſileenſi) ſaltum, aſſentiente omni populo ejusdem ſaltus hactenus uſum habente, in proprium & in perpetuum condonavimus, eo tenore, ut nemo virorum deinceps poteſtatem habeat extra voluntatem & licentiam prædicti Epiſcopi & Succeſſorum ſuorum in eodem ſaltu - - de genere cervorum ſive capreolarum, aut urſorum, aut aprorum aut fibrorum agitare, noſtro banno interdicentes, marem ſeu fœminam, vel ſaltem aviculam inquietare, quæ dicitur parix, ſive capere præſumat. Da denn die Schenkung dem Biſchof allein der privativen Jagdgerechtigkeit theilhaftig machte, und dieſe erhielte er nicht anders, als mit derjenigen Genehmhaltung, welche bisher den Wald gebrauchet hatten. Beym Hontheim Hiſtor. Trevir. Tom. I. p. 232. lieſet man in einem Briefe des Königes Zwendibold von 895.: Omnem ergo ſylvam, quæ eſt intra ſupradictos terminos, per pannum noſtrum omnibus prohibemus, & ex ea foreſtum facimus, atque inde preſcriptum ſcribi juſſimus, ne deinceps ullus hominum in ipſa beſtiam capere quacunque venationis arte absque poſſeſſoris ejus licentia præſumat: quod ſi quis fecerit,

thum des Waldes mit ſich.

bannum noſtrum ſolvere cogatur, & mandati noſtri autoritas inviolata permaneat; und beym KUCHENBECKER in Anal. Haſſiac. Coll. 12. p. 319. 320. in einem Præcepto König Henrich II. von 1016: Hersfeldenſi Eccleſiæ - - bannum noſtrum ſuper feras ſylvaticas in lucis & ſylvis & in campis in ambitu ſubſcripto nominatis - - poteſtative conceſſimus, firmiterque donavimus, eo videlicet tenore, quatenus prenominatus Arnoldus Abbas ſuique Succeſſores inpoſterum preſcripto ambitu in foreſtandis feris talem pacem & ſecuritatem de cæteris conterminalibus & omnibus circumſedentibus deinceps noſtra imperiali traditione & conceſſu obtineant, quali cetere Eccleſie hactenus uſe ſunt. In eben dieſes Königes Briefe von 1003 beym KUCHENBECKER d. l. p. 317. 318. wird dem Abt zu Hirſchfeld gegeben libera poteſtas arbores nutriendi, & ſingulare atque dominicale foreſtum faciendi de ſylva Eherinevirſt - - eo tenore, quatenus in hoc ſylve & aquarum circuitu nulla regni magna vel parva perſona aliquatinus preſumat venari, aut ullo ingenio feras inſequi, ſub noſtro firmitatis banno regali, niſi cui Abbas Berenharius ſuique per tempora Succeſſores licentiam dederit. Das Foreſtum dominicale wird alſo von der Poteſtate nutriendi arbores unterſchieden. Wenn gleich ſolchemnach der Wald ein Landesherrl. Gehege iſt, ſo folget daraus nicht, daß die in ſelbigem befindliche Bäume der Landesherrſchaft gehören. Die tägliche Erfahrung lehret auch, wie die mehreſte Unterthanen nicht nur Aecker und Wieſen, ſondern gleichfals Holzungen, auch in den Gehegen, eigenthümlich beſitzen, ohne welche ſelten ein Haushalt geführet werden mag. Das Forſtamt muß demnach wenn es Kläger iſt, den Beweis führen, und iſt daher zu unterſuchen, wie ſolches geſchehen könne.

(a) SECKENDORF im Fürſtenſtaat. Part. III. Cap. 3. Sect. 6. §. 1. KREBS de Ligno & lapide p. 195.

(b) KNIPSCHILD de Civitatibus & imperialibus Lib. II. C. 7. n. 45. LEYSER Jur. Georg. Lib. III. Cap. XI. n. 41.

(c) REINHARD de Jure foreſtali Germanorum S. II. §. 2. 7. pag. 70. 83. KEMMERICH de Jure foreſti nobilibus immediatis competente per tot.

(d) Meine Vindiciæ Juris venandi nobilitatis Germanicæ Cap. I. §. 2.

(e) HALTAUS in Gloſſario voc. *Forſt.*

(f) Vindiciæ Juris venandi nobilitatis Germanicæ Cap. I. §. 8. 10.

§. 11.

§. II.

Aus dem Angeführten erhellet, daß dazu nicht hinreichet, wenn landesherrl. Forſtbediente die Aufſicht über den Wald haben. Dieſes erweiſet zwar die fürſtl. Obrigkeit (a), nicht aber das Eigenthum. In dem Braunſchweig-Lüneburgiſchen Patent von 1688 wird, „den Ober- auch reitend- und gehenden Förſtern anbefohlen, in ihren Revieren fleißig Obacht zu führen, und fals in den jungen Hayen jemand betreten würde, ſolches dem Ober-Forſt- und Jägermeiſter anzuzeigen, weil an Conſervation ſowohl der herrſchaftlichen, als auch der gemeinen Intereſſenten und der Privatorum Hölzer, der Poſterität zu höchſt gelegen iſt (b).„ Daher dann den Königl. Forſtbedienten nicht allein die Inſpection über die der landesherrl. Rentkammer gehörige Hölzer zuſtehet. Um den innern Haushalt in denjenigen, woran die Landesherrſchaft keinen Theil hat, bekümmern ſie ſich aber nicht, und ſetzen dem Eigenthümer nur ſo fern Ziel und Maaß, als es erfordert wird, den Mißbrauch zu behindern. Iſt derſelben Recht noch enger eingeſchränket, ſo entſtehet daher keine geringe Vermuthung des landesherrlichen Miteigenthums, und dieſe beſtärket es ſehr, wenn die Holzdieberehen in einem Walde härter beſtrafet werden, als in den gemeinen Holzungen. Den wer aus den herrſchaftlichen Forſten etwas entwendet, muß gemeiniglich das Holz doppelt, nemlich dem Forſtamt deſſen Werth, und eben ſo viel zur Strafe bezahlen, da hingegen die Gemeinden in denen ihnen zuſtehenden Gehölzen ſich mit dem einfachen Werth zu vergnügen pflegen.

Das Landesherrliche Miteigenthum wird vermuthet, wenn die Forſtbediente nicht nur den Mißbrauch des Holzes behindern, ſondern mehre Gewalt darin üben dürfen.

(a) KNIPSCHILD d. l. n. 46. LEYSER d. l. L. III. C. XI. n. 66.

(b) Chur-Braunſchweigiſche Landesordnungen Cap. 6. p. 238

§. III.

Den vollenkommenſten Beweis machet der Mitgebrauch, und dieſen kan man aus den Forſtregiſtern nehmen. Zwar ſind dazu die Subnotationes Fiſci, welche einem Dritten ſchaden, ganz unzulänglich (a), von anderer Art aber ſolche Regiſter, ſo demjenigen, der ſie geführet hat, zum gröſten Nachtheil gereichten, dafern er etwas in Einnahme brächte, welches ihm nicht geliefert worden, weil er ſodan ſelbiges aus dem Seinigen bezahlen müſte. Auch Inſtrumenta privata de rebus cum alio geſtis beweiſen wider einen Dritten, wenn dem Verfaſſer daraus kein Vortheil entſtehen kan (b). Vielmehr alſo verdienen die Rechnungen Glauben, welche von landesherrlichen beeidigten Einnehmern verferti-

Inſonderheit erweiſet ſolches der Mitgebrauch.

BIBLIOTHECA REGIA MONACENSIS

get worden (c), bevorab wenn ſie Nahmens der Landesherrſchaft examiniret, richtig befunden (d), und mehre dergleichen Regiſter vorhanden ſind (e). Es hat daher das Königl. Ober-Appellationsgericht in Sachen des Cloſters Wennigſen wider das Amt Calenberg am 13. May 1733 die abgelegte Calenbergiſche Forſtregiſter zum Beweis zugelaſſen, und nachdem der Amtsanwald das Recht von dem ſo genandten Knick, einen Weinkauf zu erheben, wider das Cloſter Barſinghauſen mit des Amts Calenberg Geldregiſtern dargethan, iſt ihm ſolche Befugniß von der Königl. Hannöverſchen Juſtitzcanzley am 2. Mart. 1755, wie auch dem Amt Neuſtadt das Miteigenthum des Rodewalder Tannenbruchs oder Geheges wider die Gemeinden Rodewald und Wendeboſtel am 5. Febr. 1759 deswegen zuerkand, weil aus den Forſtregiſtern erhellete, daß das Forſtamt daraus 1683 1698 1699 1727 und 1732 ohnentgeltlich Holz empfangen hatte.

(a) L. 7. Cod. de Probationibus.

(b) LYNCKER Reſol. 273. LEYSER Spec. 275. med. 4.

(c) LYNCKER Vol. I. Reſp. 99. n. 22. LEYSER Spec. 268. med. 6.

(d) BOEHMER Tom. I. Part. II. Reſp. 8. n. 109. 110.

(e) LYNCKER d. l. Reſ. 73. n. 36. 38.

§. IV.

Im Zweifel ſtehet den Intereſſenten ein gleiches Recht am Walde zu.

Im Zweifel ſtehet allen Intereſſenten eines Holzes deſſen Eigenthum, und ein gleiches Recht daran zu (a). Ergiebet ſich jedoch, daß die Landesherrſchaft es nur zu einem gewiſſen Behuf gebrauchet, die Unterthanen aber daraus nach Wilkühr Holz verkaufet, und das Kaufgeld allein empfangen haben, ſo bleibet es billig bey ſolchen Herkommen, und iſt daher in der eben angeführten Sache des Ams Neuſtadt wider die Gemeinden Rodewald und Wendeboſtel erkand; Könten Kläger binnen 4 Wochen, als einer dazu anberahmten Präjudicialfriſt, erweiſen, daß ſie aus dem Gehege mehrmalen Fall- oder ander Holz verkaufet, und das ganze Pretium, mit Ausſchlieſſung des Amts, behalten haben, alsdenn iſt deſſen Gerechtigkeit auf das zu den Amtsgebäuden erforderliche Bauholz einzuſchränken.

(a) REINHARD d. l. p. 124. 125.

LII. Bedenken.

Von der Reſtitutione in integrum wegen des Advokaten und Procuratoris Verſehens.

Viele Rechtslehrer halten dafür, daß ein Advocat wegen ſeines Verſehens von den Clienten nicht belanget werden könne, weil er ein bloſſer Rathgeber ſey, der nicht zur Verantwortung zu ziehen, wenn er ohne böſe Abſicht jemanden einen ſchädlichen Rath ertheilet, und ihm aus Uebereilung, Unwiſſenheit oder Faulheit etwas Nachtheiliges zu thun, oder das Nützliche zu verſäumen Anlaß giebet; woraus ſie folgern, daß der Richter die Parthey, welche ſolcherwegen Schaden gelitten, nicht an den Advokaten verweiſen, ſondern ihr ſofort Reſtitutionem in integrum angedeihen laſſen müſſe (a). Man nenne aber das Geſchäfte wie man wolle, ſo iſt dennoch der Advocat verbunden, desjenigen Rechte gebührend zu vertheidigen, dem er es verſprochen hat, wie Titius ad Lauterbach Obſ. 79. alſo lehret: Interpoſita inter advocatum & clientem conventione, utriusque officium jure naturali conſtituitur. Ille enim obligatur ad cauſam fideliter agendam. Si ſecus faciat, tum ex lege naturali damnum reſarcire debet (b). Wer rechtliche Hülfe ſuchet, begehret von ihm nicht nur einen guten Rath aus Freundſchaft, ſondern träget demſelben die Vertheidigung der in Streit gezogenen Rechte gegen eine billige Belohnung auf, ſofern ſie mit gutem Gewiſſen vertheidiget werden können, und indem er ſolche übernimmt, geſchiebet von ihm die Zuſage, nichts zu unterlaſſen, wodurch dem Clienten geholfen werden mag. Bleibet ſolche aus Unwiſſenheit unerfüllet, alsdenn lieget ſeine Schuld für Augen, weil er ſich einer ihm nicht beywohnenden Wiſſenſchaft gerühmet und deswegen andern geſchadet hat, welchenfalls derſelbe auch ex L. Aquilia belanget werden kan (c). Hat er aber aus Faulheit von der Geſchichte keinen hinlänglichen Unterricht eingezogen, und deswegen Fehltritte gethan, wodurch der Parthey Schaden zugefüget worden, ſo iſt ſolches noch weniger zu entſchuldigen. Dieſe muß ſich zwar beymeſſen, daß ſie keinen gelehrtern und fleiſigern Advocaten erwählet hat, und ein gleiches lehren einige von den Procuratoren, vermöge des L. 39. ff. ex quibus cauſis majores und L. 10. Cod. de Procuratoribus (d). Der gemeinern Meinung nach wird jedoch die Reſtitutio in integrum erkand, wenn der Procurator non ſolvendo iſt, und zwar nicht ohne Urſach, dafern derſelbe von der Obrigkeit beſtellet worden (e), welches auch von den Advocaten zu ſagen (f), weil das publicum teſtimonium, ſo dieſelbe erhalten, es entſchuldiget, daß ſich jemand derſelben bedienet hat.

(a) MEVIUS Part. III. Obſ. 29. LUDOLF de Jure Camerali p. 386. WILDVOGEL Reſp. 149. n. 11. 12. 13. Herr B. von CRAMER Obſ. V. WINCOP de Reſtitutione contra negligentiam Procuratoris circa lapſum fatalium §. 21.

(b) KRESS Spec. Juriſpr. Lib. 5. Tit. 7. §. 3.

(c) L. 7. §. ult. L. 8. pr. & §. 1. ff. ad L. Aquiliam L. 9. §. 5. ff. locati conducti. NOODT ad L. Aquiliam Cap. 8. WERNHER Part. VIII. Obſ. 363. num. 3.

(d) FRANTZKIUS ad ff. tit. de Procuratoribus n. 19. Sam. COCCEJUS Jur. controv. d. t. qu. 14. BOEHMER de Dominio Litis Cap. 2. §. 14.

(e) VOET ad ff. Tit. de Procuratoribus §. 17.

(f) LEYSER Spec. 64. Med. 3.

LIII. Bedenken.

Die Ausſteuer iſt ein Theil des Brautſchatzes.

Die Ausſteuer, welche der Braut nebſt einer Geldſumme mitgegeben zu werden pfleget, ſehen einige als eine Zugabe des Brautſchatzes (a), andere aber, als ein Paraphernalgut an (b). Sie beſtehet gemeiniglich in Dingen, deren man im Hausweſen nicht entbehren kan, und die der Mann anſchaffen muß, wenn ſie die Frau nicht mitbringet, als nemlich in Kleidern, Betten, Linnengeräth, Schränken, Kaſten, Zinn und Silbergeſchirr, auch bey reichen Leuten in Kleinodien, und bey den Bauren in einigem Vieh. Indem man ſolches hergiebet, wird alſo die Bürde des Eheſtandes ſowohl erleichtert, als wenn der Mann mehr baares Geld überkomt. Ich habe in meiner Nebenſtunden Vten Theil in der XXXVIIten Abhandlung gezeiget, daß wenigſtens ſeit 600 Jahren die Teutſche ihrer Töchter ſowohl mit einem Brautſchatz nach eines jeden Umſtänden verſehen, als es heutiges Tages geſchiehet, auch bey den Römern üblich geweſen, und zwar in der Abſicht, ſie wohl zu verheyrathen, und ihnen ein gutes Gegenvermächtniß zu bedingen. Da alſo, was Tacitus und die älteſte teutſche Geſetze von den geringen Mitgiften unſerer Vorfahren melden, längſt in Abgang kommen, ſo glaube ich nicht, daß aus ihren Gebräuchen der bey uns üblichen Ausſteuer, ein Licht angezündet werden könne, ſondern vielmehr, daß die neuere Gebräuche, und wohin vermuthlich die Abſicht der Contrahenten gehet, zu erforſchen. Vielfältig haben die Eltern einen Theil der Ausſteuer, inſonderheit das Linnengeräth und die

Bette, auch wohl andere Mobilien im Haushalt erſparet, und ſind damit ſo reichlich verſehen, daß es ſie weniger beſchweret, ſelbiges, als mehr baares Geld wegzugeben, welches letztere inſonderheit den mehreſten Bauersleuten unmöglich fält. Wem es an ſolchen Ausſteuerſtücken mangelt, der zahlet öfters an deren Statt eine proportionirte Geldſumme. Ich leſe in einer Eheſtiftung: „Verſpricht der Braut Vater ſeiner Tochter in dotem und zum Brautſchatz 3000 Rthlr., auch überdem ihrem Stande gemäß geziemenden Schmuck, Kleider, Linnengeräth, Bette, und Bettegewand, Kiſten und Kaſten mitzugeben.„ In einer andern aber: „Verſpricht der Freyherr von N. ſeiner Fräulein Tochter pro dote 30000 Rthlr. mitzugeben, und vom Tage der Hochzeit an, mit 4. pro Cent zu verzinſen, auch überdem an Statt der Ausſteuer 2000 Rthlr. gleichfalls ſo fort nach der Hochzeit baar zu entrichten.„ In beyden Fällen hatte man eine gleiche Abſicht, nemlich die junge Eheleute mit dem Brautſchatz und der Ausſteuer, in den Stand zu ſetzen, ihren Haushalt führen zu können. Bey welchen Umſtänden ich nicht abſehe, warum der Frau weniger Sicherheit, und dem Mann weniger Gewalt wegen der Ausſteuer, als wegen des Brautſchatzes beygeleget ſeyn ſolte. Nicht immer wird jene über den Brautſchatz, ſondern auch wohl die Mobilien als ein Brautſchatz ausgelobet, mit den Worten: „Verſpricht die Braut dem Bräutigam ihr ſämtliches Vermögen, an Capitalien, liegenden Gründen und Mobilien, oder wie es ſonſten Nahmen haben mag, nichts davon ausbeſchieden, als einen Brautſchatz zuzubringen;„ welchenfals es der Erörterung gegenwärtiger Frage nicht bedarf. Die an einem Ort der Eheſtiftung vom Brautſchatz abgeſonderte Ausſteuer nennet man bisweilen an einem andern Ort einen Theil deſſelben, und es heiſſet Anfangs: „Verſpricht der Jungfer Braut Herr Vater ſeiner geliebten Tochter loco dotis und zum beſtändigen Brautſchatz mitzugeben, die Summe von 4000 Rthlr. nebſt einer ſtandesmäßigen Ausſteuer; demnächſt aber: „Wenn die Jungfer Braut innerhalb Jahresfriſt ohne Leibeserben verſtürbe, ſo ſoll die Helfte des eingebrachten Brautſchatzes an Gelde, Mobilien, Hausgeräth, und was ihr eigen geweſen, auf ihre liebe Eltern verſtorben erbfallen.„ Ich glaube daher um deſtoweniger, daß wenn man das Wort Ausſteuer gebrauchet, die Qualitas dotalis der dazu gehörigen Stücke verneinet ſey, ſondern daß ſie dem Gelde entgegen geſetzet werden. Eine andere Beſchaffenheit hat es, dafern der Vater über den verſprochenen Brautſchatz ſeiner Tochter noch eine Geldſumme gegeben hat. Denn dieſes kan in keiner andern Abſicht geſchehen ſeyn, als daß ſie darüber mehre Gewalt, wie über den Brautſchatz haben ſolle, und von ſolchem Fall verſtehe ich den L. 8. ff. de dotis collatione. Hingegen geſchiehet der Ausſteuer deswegen beſondere Meldung, damit

man nicht dafür halte, es ſolle die Braut nur ein Capital zu Ertragung der Bürden des Eheſtandes empfangen.

(a) Herr Ober-Appellationsrath PUFENDORF Tom. I. Obſ. 206. §. 14. Herr Geheimte Regierungsrath ESTOR de Adparatu & inſtructu nuptiarum §. 2. 53. 64.

(b) Herr Conſiſtorialrath GRUPE de Uxore Theotiſca p. 91. 92. 119.

LIV. Bedenken.

Von gerichtlichen Beſtätigungen der Contracte.

§. I.

Manche Landesgeſetze erfordern eine obrigkeitliche Beſtätigung der errichteten Contracte.

Viele Landesgeſetze erfordern eine gerichtliche Beſtätigung der, beſonders von den Bauersleuten, errichteten Contracte. In Friedrich Ulrich Herzogs zu Braunſchweig und Lüneburg Verordnung vom 4. April 1620 heiſſet es: „Daß wir derohalben vielfältig Gezänk, dadurch, unſere arme Leute ausgeſogen und verderbet werden, abzuſchneiden, landesfürſtl. Obrigkeit wegen conſtituiret und verordnet, thun ſolches auch hiemit nochmals, und in Kraft dieſes Briefes, mit gnädigen Befehl, daß nun hinführo alle und jede Eheſtiftungen, Theilungsreceſſe und Verträge unter der Bauerſchaft auf dem Lande entweder vor unſern Officiern und Beamten aufgerichtet und beſchloſſen, oder doch, ſo bald dieſelbe von den Partheyen betheidiget und beliebet, den Beamten offenbahret, und den Amtsbüchern, um künftiger Nachrichtung willen, um billige Gebühr, darin eine Maaße gehalten, und die Armuth über Billigkeit nicht zu beſchweren, einverleibet werden ſollen. -- Wir ſetzen und wollen auch, daß ins künftige keine Eheſtiftung oder Vertrag der Bauersleute bündig und kräftig ſeyn, noch darauf erkand, noch darüber gehalten werden ſolle, darin dieſe unſere vorgeſchriebene Form nicht obſerviret und in Acht genommen worden (a).„ Auch befiehlet die Braunſchweig-Lüneburg-Celliſche Policeyordnung von 1618 Cap. XI. §. 1. 2. „allen und jeden Unterthanen, ſo oft ſie mit jemand contrahiren, ſolches bey dem Amt, der Vogtey, oder dem Stadtgericht, darunter der Contract beſchloſſen und vollzogen wird, bey Poen der Annullation unnachläßig anzumelden.„ Vermöge der Stift Hildesheimſchen Policeyordnung Art. 24. „ſollen alle Eheſtiftungen, Kaufbriefe, Contracte, Handlungen und Verträge von den Beamten und Gerichtsherrn behandelt, von denſelben verfertiget, oder aber beſtätiget, unterſchrieben und verſiegelt, ſonſt aber dieſelbe nicht vor bündig erachtet

und

und darüber gehalten werden (b).„ Die Magdeburgiſche Policeyordnung Cap. 29. §. 4. ſchränket ſolches auf die Eheberedungen ein, welche über unbewegliche Güther errichtet werden. Die Braunſchweig Wolfenbüttelſche Kirchenordnung von 1709 Art. 17. verbiethet zwar den Predigern, Eheſtiftungen zu verfertigen, und annulliret die von ihnen entworfene. Sie erlaubet denenſelben jedoch bey der Verlobung die vornehmſte Puncte ſolchergeſtalt kürzlich zu notiren, wie ſelbige denen Beamten und Gerichtsherren, um nach Befinden eine förmliche Eheſtiftung daraus zu machen, und ſelbige gerichtlich zu confirmiren, vorgebracht werden ſollen. Der Chur-Bayerſche Geheimte Canzler Freyherr von KREITMAYR meldet in den Anmerkungen über den Codicem juris Bavarici pag. 267. „daß in Bayern ein förmliches Heyrathsgeding unter gemeinen und unſiegelmäßigen Perſonen die obrigkeitliche Autorität erfordere, und zwar regulariter von der Obrigkeit, wo die Contrahenten, oder doch wenigſt eines von beyden ſein Domicilium hat, oder, falls ſie noch nicht etabliret ſind, in loco contractus. Unter ſiegelmäßigen Perſonen ſey zwar die obrigkeitliche Errichtung nicht, wohl aber die ſchriftliche Fertigung nöthig, „ und dieſes Recht beſtätiget der Codex Maximilianeus Bavaricus civilis Part. I. Cap. 6. §. 29.

(a) Chur-Braunſchweigiſch Lüneburgiſcher Landesordnungen und Geſetze IV. Theil Cap. 5. p. 53. Herzogs Auguſti Wolfenbüttelſche Hofgerichtsordnung. p. 249.

(b) Meine Tractation de bonis Meierdingicis p. 315.

§. II.

Solche zum Theil ſehr heilſame Verordnungen haben jedoch manchen Proceß veranlaſſet, auch nicht ſelten Verträge entkräftet, die ohne Nachtheil des gemeinen Weſens beſtehen können. *Solches veranlaſſete verſchiedene Rechtsfragen.*

Es wird 1) in verſchiedenen Ländern darüber geſtritten, von welchen Unterthanen die angeführte Geſetze erfordern, daß ſie ihre Eheſtiftungen und andere Verträge gerichtlich ſollen beſtätigen laſſen? Die Celliſche Policeyordnung redet von allen und jeden Unterthanen, und die Hildesheimſche von allen Eheſtiftungen, Kaufbriefen, Contracten, Handlungen und Verträgen. Deswegen ſind der mangelnden Beſtätigung halber viele zwiſchen klugen und gelehrten Leuten errichtete Verträge angefochten Weil gleichwohl aber ſolche Beſtätigung von den Beamten und Gerichtsherrn geſchehen ſoll, und zwar, damit die arme Unterthanen keinen koſtbaren weitläuftigen Beweis führen, darauf ihr Vermögen

wenden, und die Zeit verderben müſſen, dieſes jedoch nur von gemeinen Leuten zu befürchten iſt, ſo ſchränket man billig die Verordnung auf ſelbige ein. S. oben das XVIII. Bedenken (a).

2) Halten viele das ganze Verſprechen für nichtig, wenn keine gerichtliche Confirmation hinzu kömmt. Andere aber wollen, daß nur das Inſtrument vom Richter anzuſehen ſey, als wenn es nicht fürhanden wäre, er aber andere Beweisthümer durch Zeugen, auch die Eidesdelation zulaſſen müſſe (b), wie alſo das Hildesheimiſche Hofgericht in Sachen Brunotte wider Brunotte 1729 erkand hat. Unmöglich kan aller Handel ſchriftlich und gerichtlich geſchloſſen werden. Wenn die mündliche und auſſergerichtliche Verträge für Kraftlos erkläret ſind, ſo iſt den ſchändlichſten Betrügereyen Thür und Thor geöfnet. Wenigſtens wären ſolche Verordnungen durch den widrigen Gebrauch abgeändert, weil man von je her alle Unterthanen zum Beweis der ihnen geſchehenen auſſergerichtlichen Verheiſſungen gelaſſen.

3) Iſt es zweifelhaft, ob die Confirmation pro actu voluntariæ Jurisdictionis zu achten, oder dieſelbe nothwendig von dem Judice competente ausgebracht werden müſſe. Die erſte Meinung billiget WERNHER Part. X. Obſ. 276., und ſo fern der Endzweck nur dieſer iſt, den Unterthanen die Beweisführung zu erleichtern, verdienet ſie allen Beyfall. Soll aber der Richter zugleich unterſuchen, ob auch etwas Widerrechtliches unternommen werden wollen, ſo kan ein Fremder, dem die Umſtände der Perſonen, wie auch der Dinge, worüber man handelt, nicht bekand, ſolches ſelten gebührend verrichten.

4) Erinnere ich mich, daß heftig darüber geſtritten worden: Ob Pacta dotalia in vim ultimæ voluntatis inita einer gerichtlichen Confirmation bedürfen? Man verneinte es, weil ſie eine Art des letzten Willens ſind, welcher, wenn die erforderliche Solennitäten fürhanden, auch auſſergerichtlich zur Vollkommenheit gebracht werden kan. Das Stift Hildesheimſche Hofgericht bejahete jedoch 1723 in Sachen Chriſtian Brinkmanns wider die Wittwe Langkop dieſe Frage, und zwar deswegen, weil die Policeyordnung von allen Eheſtiftungen redet, und ſowohl durch die Verträge, welche in vim ultimæ voluntatis errichtet worden, als durch einen Contractum inter vivos man ſich und andern ſchaden kan.

(a) Meine Tractation de bonis Meierdingicis p. 315.

(b) Ibid.

§. III.

Ich ſtehe in den Gedanken, daß, ohne einen ſonderbaren Nutzen zu ſchaffen, die Unterthanen niemals zu verbinden ſind, bey ihren Handlungen gewiſſe Solennia zu beobachten. Dieſe verurſachen ihnen gemeiniglich 1) Koſten, und man veranlaſſet 2) ſchädliche Proceſſe darüber, ob die Erforderniſſe fürhanden ſind. 3) Wird mancher ohne ſeine Schuld daran verhindert, und 4) die Verſäumniß durch den Verluſt der beträchtlichen Rechte zu hart geſtrafet. Manche haben 5) gute Urſachen, den Inhalt ihrer Verträge nicht bekand werden zu laſſen, und es machet 6) den Handel und Wandel überaus beſchwerlich, wenn kein Verſprechen jemand bindet, bevor es der Richter beſtätiget hat. Folgende Verordnung des Corporis juris Fridericiani pag. 65. verdienet daher Beyfall: „Es iſt nicht nöthig, daß die Ehepacten ſchriftlich errichtet, ſondern es iſt genug, wenn ſolche in Gegenwart zweyer Zeugen verabredet werden. Es können auch dergleichen Eheberedungen gerichtlich geſchehen, da denn keine beſondere Zeugen erfordert werden, weil der Richter nebſt dem Actuario, oder demjenigen, der deſſen Vices vertritt, an ſtatt der Zeugen ſind. Gleiche Bewandniß hat es auch, wenn dergleichen ohne Zeugen verfertigte Ehepacten inſinuiret werden.„ Dieſer Inſinuation bedarf es jedoch nicht, und iſt genug, wenn der contrahirenden Theile Unterſchrift fürhanden.

In welchen Fällen die Beſtätigung nützlich, und wie deren Verſäumniß zu ahnden.

Da immittelſt geringe Leute, als Handwerker und Bauren, ihre Gedanken ſelten gebührend zu Papier bringen können, und wenn ſolches durch unverſtändige Rathgeber geſchiehet, die Meinung oft übel eingenommen und ausgedrucket wird, oder was verabredet iſt, nicht beſtehen kan, ſo ſcheinet es heilſam zu ſeyn, daß ſolcher Perſonen Eheſtiftungen und ſchriftliche Contracte ferner gerichtlich verfertiget oder beſtätiget werden. Deſſen Unterlaſſung mit der Poena nullitatis zu beſtrafen, halte ich aber für zu hart, und weil es niemand leicht ohne die gröſte Nothwendigkeit dahin kommen läſſet, ſo führet man beſchwerliche Proceſſe, um die Verſäumniß zu entſchuldigen. Dieſes wird vermieden, wenn diejenige Eheſtiftungen und andere Verträge, denen die gerichtliche Confirmation mangelt, zwar verbindliche Kraft behalten, man aber die Contrahenten wegen nicht befolgter Verordnung mit vierfachen Confirmationsgebühren beſtrafet. Sie müſten dem Unterrichter zu gute kommen, damit er die Beſtrafung ſo viel weniger unterläſſet, und wenn Heyrathen getroffen werden, auf die Production der Ehepacten dringet. Man könte überdem verordnen, daß keine Trauung der Bauersleute, auch der in Städten und Flecken wohnenden Meyer geſchehen ſolle, bevor von der Obrigkeit bezeuget worden, daß es mit der Eheſtiftung ſeine Richtigkeit hat, und am guthsherrlichen Conſens nicht mangelt.

gelt. Solcherwegen denn, und weil eine fremde Obrigkeit ſelten gründlich beurtheilen kan: Ob die Verträge etwas widerrechtliches enthalten? wären ſie jedesmal von dem Richter zu beſtätigen, unter welchen die Contrahenten wohnen, und zwar auch alsdenn, wenn die Eheſtiftungen in vim ultimæ voluntatis errichtet ſind.

LV. Bedenken.

Die obrigkeitliche Gewalt der ungeſchloſſenen Gerichte im Fürſtenthum Calenberg iſt nicht auf gleiche Weiſe eingeſchränket.

In meiner Nebenſtunden V. Theil habe ich bemerket, daß inſonderheit ſo fern denen Calenbergiſchen ungeſchloſſenen Gerichten keine gleiche Gewalt zuſtehet, daß einige die Subrepartition der gemeinen Laſten verrichten, andere aber zugeben müſſen, daß es durch die Landesherrliche Beamte geſchiehet. Dieſes will ich jetzt mit ein paar Exempeln beſtärken. Von den Schulenburgiſchen ungeſchloſſenen Gerichte Frenke heißet es in der Churfürſtl. Reſolution vom 4. Jun. 1714: „Können wir nicht geſtatten, daß durch die gebetene unmittelbare Anzeige und Einſendung der Onerum publicorum derer von der Schulenburg an ſich ohngeſchloſſenes und Untergerichte zu Frenke in ein geſchloſſenes verwandelt, noch das Exercitium der Landfolge und anderer dergleichen hohen Jurium, zu Abbruch und Schmählerung unſer Landeshoden Obrigkeit, wovon ſolche Rechte dependiren, von ihnen gehandhabet werde. Allein die Eintheil- und Diſtribuirung der gemeinen Onerum, falls darüber unter der Gemeinde Streit entſtehen ſolte, imgleichen die Execution aller ſolchen Schuldigkeiten bleiben unter obiger Bedingung Supplicanten unverwehret.„ Des von Papen zu Hevenſen Untergericht im Dorf Wolbrechtshauſen iſt durch den Receß vom 4. Jun. 1745. folgendergeſtalt eingeſchränket: „1) Bleibet dem Amte (Hardegſen) reſerviret, die landesherrliche Obrigkeit über das Dorf Wolbrechtshauſen und deren Feldmark, imgleichen was derſelben in genere und in ſpecie anhängig, als Criminalgerichte, Erhebung deren Erben- und Forſtzinſen Maſthabern, Zoll, Blaſenzins, Schutzgeld von denen Juden, und Cammeracciſen vom aus- und inländiſchen Brantewein. Dahingegen werden 2) dem Herrn von Pape in dieſem Dorf und deſſen Feldmarken zugeſtanden, die Fructus Jurisdictionis, Licent-Brau und -diejenigen Strafen, welche wegen Defraudation der Cammeracciſe erfolgen.. 6) Demnach das Dorf Wolbrechtshauſen ratione der Einquartierung, Erhebung der landſchaftlichen Gefälle, auch Ableiſtung der Landfolgen

vom

vom Amt Hardegſen nicht ſepariret werden kan, und die Verfügungen in ſolchen Angelegenheiten gemeiniglich keinen Aufſchub leiden, ſo ſie bet dem Amte frey, die Einwohner aus dieſem Dorf zu Landfolgen, Jagd- und Forſtdienſten, Krieger-fuhren, Wegebeſſerungen, Peſtwachten, Patroullirung der Heerſtraſſen, nicht minder in Sachen, die Onera publica betreffend, als wegen Re- und Subrepartition der monatlichen Nebengelder, Proviantkorn, Dorftaxes, Scheffelſchatzes, Einquartierungen und dergleichen, ohne vorgängige ſubſidialiſche Requiſition des Untergerichts zu citiren, und die in ſolchen Fällen verwirkte Strafen anzuſetzen. Jedoch ſollen 7) an das Untergericht wegen Beytreibung herrſchaftlicher Gefälle jedesmahl Requiſitoriales abgelaſſen, auch in andern Civil- und Bruchſachen kein Einwohner immediate, ſondern jedesmal auf vorgängige Requiſition vorbeſchieden werden, gleichwie auch die Viſitation nach fremden Bier denſelben zugeſtanden wird. Um aber 8) zu verhüten, daß die Hülfe nicht verſäumet, und ſolche Gefälle gar inexigibile werden, wird vorbehalten, daß wenn das Untergericht, nach vorgängiger dreymaliger Requiſition, und nach Verlauf eines viertel Jahrs, von Zeit der Requiſition an, nicht hülfliche Hand leiſtet, und keine zu Recht begründete Urſach deſſen anzugeben hätte, ſodann das Amt befugt ſeyn ſolle, ohnmittelbar Executiones zu vollſtrecken. 9) Wird die Geſtellung der geſamten Gemeinde Wolbrechtshauſen, prævia requiſitione des Untergerichts, ferner vorbehalten. 10) Die Landesordnungen, welche das Amt aus denen Collegiis erhält, werden dem Untergerichte Wolbrechtshauſen zur Publication vom Amt zugeſchicket. 11) Der Ausſchuß wird vom Amt beſtellet, präſentiret, und mit Gewehr verſehen; jedoch ſtehet dem Untergericht frey, ſich deſſen gegen Bezahlung, aber ohne Gebrauch des Gewehrs, zu bedienen. 12) Da auch nöthig, daß im Dorf Wolbrechtshauſen vom Amt jemand beſtellet ſey, an den die Verfügungen in Contributions- Einquartirungs- und dergleichen Sachen ergehen, ſo bleibet dem Amt ferner bevor, den Bauermeiſter, oder einen andern Einwohner dieſes Dorfs als Bauermeiſter dazu beſonders zu verpflichten, welcher dagegen die Freyheit von Jagddienſten und Landfolgen genieſſet.„ Es iſt ſolchemnach dem Schulenburgiſchen Gericht die Eintheilung der gemeinen Laſten vergönnet, nicht aber dem Papiſchen. Dieſes muß jedoch requiriret werden, wenn herrſchaftliche Gefälle beyzutreiben ſind. Das Amt wolte den Receß auf die in §. I. benannte Gefälle einſchränken, und diejenige, deren der §. VI. Meldung thut, ſelbſt beytreiben. Da aber die Particula jedoch limitativa præcedentium (a) iſt, ſo handelt auſſer Zweifel der §. VII. von eben den Gefällen, wovon im §. VI. die Rede. Dieſes ſetzet folgende bey den Acten gefundene Annotation des Commiſſarii, welcher den Receß vermittelt hat, auſſer Zweifel:

„Ad 6tum wird ſelbiger Punct dahin beygeleget, daß die Bauermeiſter und Vorſteher der Gemeinde ſich auf immediate citationen vom Amte ſtellen müſſen; im übrigen man ſich aber auf den nachfolgenden Punct bezöge, welcher hierunter zur Maasregel angenommen würde. Ad 7timum wird alles genehmiget;„ als woraus deutlich erhellet, daß der §. VII. aus dem §. VI. zu erklären iſt, weil dieſer ſich auf jenen beziehet. Deswegen hat die Königl. Hannöverſche Juſtizcanzley dem Amt Hardegſen am 23. Jun 1759 reſcribiret; „daß aus Zuſammenhaltung der §. VI. VII. & VIII. des Vergleichs = Receſſus vom 30. Mart. 1746 die von demſelben ſupponirte Erklärung nullo modo zu begründen ſtehe, vielmehr offenbar einleuchte, daß wegen Beytreibung herrſchaftlicher Gefälle, wohin auch die im §. VI. bemerkte Onera publica, zumahlen bey der Verbindung dieſes §. mit dem §. VII. per particulam jedoch, allerdings mit zu rechnen ſind, jedesmahl Requiſitoriales an das Untergericht abgelaſſen werden müſſen.„

(a) STRAUCH in Lexico particularum juris voc. *ita tamen*.

LVI. Bedenken.

Einem Negotiorum geſtori gebühren Zinſen auf Zinſen, wenn er ſich gleich ehemals in jure ceſſo des Gläubigers gegründet hat.

Die von Daſſel zu Wellerſen und Hoppenſen hatten von dem Reichshofrath von Zimmermann und Stift St. Mauritii vor Hildesheim 2700 Rthlr. geliehen, um eine Schweſter abzulegen. Jeder Theil muſte dieſes Capital zur Halbſcheid verzinſen und bezahlen. Weil es von der Wellerſer Linie nicht geſchahe, ſo zahlte die Hoppenſer Linie für ſelbige, und forderte deswegen Zinſen von den vorgeſchoſſenen Zinſen. Es iſt ſolche Forderung allerdings gegründet (a). In gegenwärtigem Fall entſtunde aber daher ein Zweifel, weil denen von Daſſel zu Hoppenſen der bezalten Gläubiger Jura cediret worden, und wer aus einer ſolchen Ceßion klaget, nach der Lehre des MEVII Part. VIII. Dec. 249., kein mehres begehren mag, als dem Cedenti zukam. Es ſetzet aber 1) Mevius irrig voraus, daß wenn der Kläger zu wenig begehret, ihm der Richter nur ſolches zuerkennen könne, obwohl er überzeuget iſt, daß demſelben mehr gebühret. Deſſen Gegentheil iſt der Vernunft und den geſchriebenen Rechten gemäß (b). 2) Redet Mevius von dem Fall, da der Kläger ſein Petitum nicht verbeſſert hat. Hier aber war es geſchehen, und überdem 3) aus der Ceßion nur im Concurs wider Mitgläubiger geklaget, nicht aber in einer andern Sache auſſer dem Con-

curs

curs wider diejenigen, welche ſich der Wellerſer Linie zuſtändige Güter anmaſſeten, denn die Hoppenſer Linie aus einem andern Grunde ſolche ſtreitig machte. Daher dem Negotiorum geſtori von der Königl. Hannöverſchen Juſtitzcanzley am 3. October 1745 Zinſe auf Zinſen zuerkand, auch ſolches Erkenntniß vom Königl. Ober-Appellationsgericht beſtätiget worden.

(a) VOET ad ff. Tit. de Uſuris §. 20. MÜLLER ad Struv. Ex. 27. §. 51. lit. γ. COCCEIUS de Anatocismo Sect. II. §. 7.

(b) L. Un. C. ut quæ deſunt Advocatis partium &c. §. 34. J. de Actionibus Cap. 6. X. de Judiciis. LEYSER Spec. 468. Med. 8.

LVII. Bedenken.

Von dem denen Töchtern aus dem Lehn gebührenden Brautſchatz.

§. I.

Eine auf die Lehne gelegte Bürde iſt der Unterhalt und Brautſchatz, welchen die Töchter der Lehnleute empfangen. Man reichet ihnen ſolchen überall, nicht aber in allen Fällen, noch eine gleiche Summe. Nach den Lehnrechten gebühret denenſelben jedoch kein Heller aus dem Lehn, wenn ſie aus dem Erbe ernähret, und mit einem Brautſchatz verſehen werden können. Es ſchreibet BOEHMER Tom. III. Part. II. Reſp. 448. num. 4. 5. ganz recht: Die Dotis conſtitutio ex feudo iſt ein Jus prorſus ſingulare in Anſehung der Naturæ ordinariæ feudorum, beſchweret die Lehngüter ſehr, und ſoll die Lehnvettern, die doch jure proprio ſuccediren, ad hoc onus ferendum verbinden, welches ohne zureichenden Grund nicht geſchehen kann.„ Kein ſolcher iſt aber fürhanden, wenn die Töchter der Alimentation nicht bedürfen, als in welchem Fall ein Vater unverbunden iſt, ſie zu ernähren, daher man es noch weniger den Brüdern und Vettern anmuthen mag. LUDEWIG in differentiis juris communis & Luſatici in legitima & dote diff. 1. will ſo gar, daß man auch armen Perſonen die Beyhülfe aus dem Lehn verſagen könne, und drücket ſich hievon alſo aus: Tantum abeſt, ut jura communia ſint duriora in filias & ſorores, quantum abeſt ſucceſſorem obligari ad alimenta, dotem, legitimam ſui in munere deceſſoris filio, filiæ, viduæ præſtandam, cum videt unam earundem conflictari cum extrema egeſtate. Da aber heutiges Tages von denen ihren Gehalt mit vieler Mühe erwerbenden Nachfolgern der Bedienten auf die Nachfolger der Lehnleute

Den Töchtern iſt aus dem Lehn ein Brautſchatz und Unterhalt zu reichen.

nicht bündig geſchloſſen werden kan, ſo iſt das Herbringen, vermöge deſſen es ein Onus feudi ſubſidiarium worden, die Töchter mit einem Brautſchatz zu verſehen, nicht zu tadeln, daſſelbe aber ſtricte zu erklären, und keineswegs dahin auszudehnen, daß es ſelbige bereichere, ſondern auf den Fall einzuſchränken, wenn ſie dieſer Beyhülfe nicht entbehren können.

§. 11.

Ob derſelbe ihnen gebühret, wenn er aus ihrem eigenen Vermögen genommen werden kan.

Es iſt daher eine Tochter aus dem Lehn nicht zu dotiren, wenn ſie Erbgüter hat, die nicht vom Vater, ſondern von der Mutter herrühren, oder ihr ſonſt zu Theil worden? CARPZOV Part II. Dec. 173. hält es zwar dafür, und gründet ſeine Meinung 1) auf den L. ult. C. de Dotis promiſſione, wie auch 2) darauf, quod dos naturam legitimæ habeat. Allein 1) redet beſagter Lex von dem Fall, wenn ein Vater über Güter, deren unumſchränktes Eigenthum ihm zuſtehet, eine Verordnung machet. Hier aber iſt die Frage von Lehnen, welche des Vaſallen freyer Gewalt nicht unterworfen ſind, und woraus den Töchtern nur in ſubſidium der Brautſchatz anſtatt des Unterhalts, keinesweges aber 2) ein Pflichttheil zukömt, der niemanden von Gütern gebühret, in welche er zu ſuccediren nicht berechtiget iſt (a). Die Herzogl. Braunſchweig-Wolfenbüttelſche Conſtitution von 1714 verordnet jedoch, „daß wenn ein Lehnmann, er ſey adelichen Standes oder nicht, einen oder mehr Söhne, und zugleich auch Töchter, oder aber keine Söhne, ſondern nur eine oder mehr Töchter, und an Erbgütern ſo viel nicht verlaſſen würde, daß die Töchter ihrer Geburt und Herkommen nach davon nothdürftig ausgeſteuret werden können, deren Ausſtattung ſowohl, auch immittelſt die nothdürftige Unterhaltung, bey ihren Freunden, da es ihnen am bequemſten iſt, aus den Lehngütern, ob ſie gleich anderswo bemittelt wären, geſchehen, oder was an väterlichen Erbgütern mangelt, aus dem Lehn erfolgen ſolle.„ In dem Project des Mecklenburgiſchen Lehnrechts Tit. 8. Art. 7-9. lieſet man: Da aber gar keine väterliche Erbſchaft fürhanden, davon die Ausſteuer genommen und abgetragen werden könne, und alſo die Ausſteuer aus dem Lehn geſchehen müſte, ſo ſollen die hinterlaſſene Lehngüter äſtimiret, und auf einen gewiſſen billigen Taxt angeſchlagen, und von jeden 1000, 50 Rthl. den Töchtern zum Brautſchatz und zum Schmuck vermachet und gegeben werden. Und ſollen die Töchter damit zufrieden und vergnügig ſeyn, wenn gleich ihrer in der Anzahl 2, 3, 4 oder mehre fürhanden ſeyn. Würde auch der Lehnmann etliche Erbgüter verlaſſen, welche gleichwohl zu Abtragung des Brautſchatzes und Geſchmucks nicht zulangen können, ſo ſoll zuförderſt daſſelbige, was an den Erbgütern vorhanden iſt, an den Brautſchatz und

Geſchmuck angewendet, und das übrige, was den Töchtern nach dem gewöhnlichen Anſchlage der Lehngüter noch etwan gebührte, aus denſelbigen Lehngütern entrichtet und bezahlet werden.„ In den Notis ſuper conſuetudines feudales Meclenburgicas Art. 8. wird hiebey erinnert: „Da aber auch gar keine väterliche Erbſchaft fürhanden, davon die Ausſteuer genommen und abgetragen werden könte, und alſo die Ausſteuer aus dem Lehen geſchehen müſte, ſo ſollen die hinterlaſſene Lehngüter nach dem jährlichen Einkommen äſtimiret, und davon, nachdem vorher das Aes alienum abgegeben, die Töchter ausgeſteuret werden.

(a) Herr Ober-Appellationsrath PUFENDORF Tom. I. Obſ. 68.

§. III.

Die Summe des Brautſchatzes beſtimmen die Landesgeſetze ſehr ungleich. In den Marggräfl. Brandenburg-Culmbachiſchen Lehnsgewohnheiten von 1720 Tit. I. §. 2. geſchiehet es alſo: „Wenn nun vom Defuncto vaſallo Wittwen oder Töchter vorhanden, ſo iſt der Succeſſor ſchuldig, dieſelbe nach den errichteten Pactis dotalibus oder bey der Familie gemachten Diſpoſitionibus, da ſie vom Lehnhofe confirmiret, abzufinden, jedoch in der Maaße, daß ſolche Abfindung, incluſive anderer vorhandenen Lehnſchulden, den dritten Theil vom wahren Werth der angefallenen Lehne nicht überſteige, ſondern die $\frac{2}{3}$ dem Lehnsfolger ganz frey bleiben, und zu gute kommen, immaſſen auch von Lehnhofes wegen ultra tertiam auf keine Weiſe conſentiret werden ſoll.„ Die Herzogl. Braunſchweigiſche Verordnung von 1714 will, „daß das Quantum dotalis nach Anzahl der Töchter, und den Werth der unbeſchuldeten Lehngüter dergeſtalt eingerichtet werden ſolle, daß, wo drey oder vier Töchter fürhanden, von 20000 der angeſchlagenen Lehngüter jeder Tochter 1000, wo aber nur eine fürhanden, derſelben 2000, oder wenn 2 Töchter fürhanden, jeder 1500 Rthlr. pro dote conſtituiret, doch niemahls, wenn gleich mehr als 4 Töchter fürhanden, auf 20000 Rthlr. mehr als 4000 Rthlr. angeſetzet werden. Wo aber das Erbe, worunter auch wiederkaufliche Lehne zu verſtehen, dergeſtalt beſchaffen, daß die Töchter aus denſelben richtig verpfleget, die Legitimam erlangen, und nach Standesgebühr ausgeſteuret werden können, ſoll aus dem Lehn, es ſey altväterlich oder neu, keine Zubuße erfolgen, unterdeſſen und bis ſie ehrlich verheyrathet werden, ſoll einer Tochter ſo viel, als der landübliche Zins von dem zur Ausſtattung determinirten Quanto austräget, aus dem Lehn jährlich zum Unterhalt gegeben, jedoch aber, da mehr als 3000 Rthlr. pro dote gezahlet werden müſten, niemahls über 150 Rthlr. für jede Tochter gerechnet werden, da aber über 3 Töchter fürhanden wären,

Wie ſolcher zu beſtimmen.

wären, jede 40 bis 50 Rthlr. des Jahrs haben.„ Nach dem projectirten Meklenburgiſchen Lehnrecht Tit. 8. Art. 7. bekömt, wie ſchon geſaget, von jedem 1000 des Werths der Lehne die Tochter 50 Rthlr. zum Brautſchatz und Geſchmuck. In den Anmerkungen über dieſes Project heiſſet es: „Würde nur ein Sohn und mehr als 3 Töchter fürhanden ſeyn, ſo hätten dieſelbe conjunctive ſo viel als der dritte Theil vom freyen Lehn austräget, an Brautſchatz, Paraphernalien, Hochzeitskoſten, und was dem anhängig, zu fordern. Wäre aber nur ein Sohn und drey oder weniger Töchter, ſo hätten ſie nur des vierten Theils ſich zu erfreuen. Da aber eine Tochter und viele Söhne, oder auch ein Sohn und eine Tochter, oder auch endlich viele Söhne und viele Töchter fürhanden, ſo ſtünde eine ſolche Proportion zu halten, daß einer jeden Tochter der vierte Theil deſſen, was ein jedweder Sohn bekömt, eins für alles aus dem Lehn gegeben werde;„ Und in der Anhältiſchen Ordnung Tit. 15. „Nachdem die von der Ritterſchaft den ſiebenden Theil unterthänigſt vorgeſchlagen, ſo laſſen wir uns daſſelbe ſo fern mit gefallen, daß es dabey verbleiben ſolle, wenn drey oder mehr Töchter fürhanden, die aus dem Erbe ihren Unterhalt und Ausſtattung nicht haben können. Wenn aber der Verſtorbene nur eine oder zwey Töchter hinterlaſſen, ſoll es bey dem zehnten Theil gelaſſen werden, und wird ihnen ſolche ihre Ausſteuer von den Lehnsfolgern anſtatt der Alimentgelder ſo lange landesüblich verzinſet, bis ſie ſich verheyrathet.„ Es lehret WILDVOGEL Reſp. 164. n. 5: „Die Conſtitutio dotis ex feudo hat nur ſo fern Naturam legitimæ, daß ſie den Töchtern nicht entzogen werden kan, keinesweges aber, daß ſie Ratione quanti mit ſelbiger übereinkommen;„ Und BOEHMER Tom. III. Part. I. Reſp. 170. n. 6.; „Ob wohl ein Lehngut von groſſem Werth, ſo wird doch ſelten die Ausſteuer über 1000 Rthlr. determiniret.„ Nach Proportion billiget man aus groſſen Lehnen den Töchtern weniger zu, als aus den geringern, weil ſonſt der ärmern Töchter gar nicht leben könten. Die Königl. Hannöverſche Juſtitzcanzley erkante 1759 in Sachen von Lathauſen contra von Lathauſen, „daß weil den Töchtern nur ſo fern ein Brautſchatz aus dem Lehn gebühret, als er aus dem väterlichen und mütterlichen Erbe nicht erfolgen kan, das väterliche Erbe aber durch die Materna abſorbiret worden, und nach der Beſchaffenheit des Lehns aus demſelben, in gänzlicher Ermangelung des Erbes, einer jeden Tochter nur 850 Rthlr. Brautſchatz zu entrichten ſind, mithin ſo fern Klägerin ſolche aus dem Mütterlichen nicht erlangen kan, daß ihr Mangelnde aus dem Lehn nachgeſchoſſen werden muß, ſo ſey Beklagter ſchuldig, was dieſelbe weniger als 850 Rthlr. erhalten, ihr cum uſuris zu bezahlen„ Es waren zwey Töchter fürhanden, und man ſchätzte das Lehn auf 10000 Rthlr. Die Billigkeit erfordert, daß der Mannsſtamm dem weib-

weiblichen Geſchlecht Unterhalt verſchaffe, und es nicht zum Schimpf der Familie darben laſſe. Keine ſo triftige Urſachen aber ſind fürhanden, ihm einen ſo viel gröſſern Brautſchatz zu geben, je gröſſer die Lehne ſind. Es bleibet doch immer, was die Töchter daraus bekommen, in Ermangelung eines beträchtlichen Erbes, ſo wenig, daß es keine leicht zum Manne bringet. Wenn ſie ſich alle mit 1000 oder 2000 Rthlr. vergnügen müſſen, ſo heyrathet niemand nach Gelde, weil er es bey ſeines gleichen faſt nirgend findet.

LVIII. Bedenken.

Wer, vor entſtandenem Concurs, zur Verbeſſerung der Güter des Cridarii etwas herleihet, und ſich eine Hypothek beſtellen läſſet, gehet andern ältern Gläubigern vor.

Es iſt in Lib. 5. ff. qui potiores in pignore verſehen: Interdum poſterior potior eſt priori: utputa ſi in rem ipſam conſervandam impenſum eſt, quod ſequens credidit: veluti *ſi navis fuit obligata*, & ad armandam rem vel reficiendam ego credidero; und in Lib. 6. d. t.: Hujus enim pecunia ſalvam fecit totius pignoris cauſam. Quod poterit quis admittere, etſi in cibaria nautarum fuerit creditum ſine quibus ſalva pervenire non poterat. Item ſi quis *in merces ſibi obligatas* crediderit, vel ut ſalvæ fiant, vel ut naulum exſolvatur, potentior erit, licet poſterior ſit: nam & ipſum naulum potentius eſt. Tantundem dicetur & ſi merces horreorum vel areæ, vel vecturæ jumentorum debetur: nam & hic potentior erit. Hier wird ausdrücklich erfordert, daß die Sache, woran das geliehene Geld verwendet werden ſollen, und verwendet iſt, dem Gläubiger verpfändet worden. Daß der bloſſe Nutzen, welcher andern Gläubigern aus dem Gebrauch des Geldes entſtehet, kein Vorrecht mittheilet, verordnet der Lib. 17. C. de pignoribus alſo: Quamvis ea pecunia, quam a te frater tuus accepit, comparaverit prædium, tamen, *niſi ſpecialiter vel generaliter hoc tibi obligaverit*, tuæ pecuniæ numeratio in cauſam pignoris non deduxit; ſane perſonali actione debitum apud Præſidem petere non prohiberis. Es wird zwar auch dadurch den andern Gläubigern ein Vortheil geſchaffet. Aber es geſchiehet ſolches nicht zur Zeit der Auslage, wie derjenige thut, welcher nach entſtandenem Concurs mit ſeinem Gelde die Güter, woraus die Schulden abgeführet werden ſollen, verbeſſert, oder deren Verſchlimmerung abwendet. Denn ſolchenfalls ſind die Gläubiger, deren Negotia utiliter geriret worden, denjenigen, welcher es gethan, ſchadlos zu halten ſchuldig (a). Wolte man wider alle, welchen

chen per accidens künftig aus der Zahlung ein Vortheil entſtehet, die Actionem de in rem verſo zu gebrauchen erlauben, ſo würden unendliche Zänkereien erreget (b).

(a) Berger O. J. Lib. 4. Tit. 31. §. 2.

(b) Leyser Spec. 167. Med. 3.

LIX. Bedenken.

Niemand kann einem Factor ſicher Geld leihen, und mit ihm handeln, der ſich ſeine Inſtruction nicht vorzeigen laſſen.

Die Actio inſtitoria findet wider denjenigen Platz, deſſen mit einem Mandato cum libera verſehener Factor in ſolcher Qualität Geld geliehen hat (a). Iſt auch dieſer mit einem Geſchäfte beladen, welches nicht ausgerichtet werden kan, ohne Gelder aufzunehmen, ſo wird vermuthet, daß er dazu bevollmächtiget ſey (b), wenn nemlich ſein Herr abweſend iſt, und alſo von dieſem nicht zu vernehmen ſtehet, ob er das Anlehn begehre. Auſſer ſolchem Fall kan man es dem Factor nur alsdenn mit Sicherheit anvertrauen, wenn erweislich iſt, daß ihm von ſeinem Herrn die Gewalt ertheilet worden, Schulden zu machen, maſſen es in L. 1. C. de inſtitoria actione heiſſet: Servus tuus pecuniam mutuam accipiendo, ita demum de inſtitoria actione obligavit, ſi cum eum officio alicui vel negotiationi præponeres, etiam, *ut id faceret, ei permiſſum a te probetur* (c). Um alſo deſſen vergewiſſert zu werden, muß derjenige, der mit dem Inſtitore handelt, darauf beſtehen, daß man ihn deſſen Inſtruction einſehen laſſe. Es ſchreibet hievon Faber in Rationalibus ad Lib. 11. §. 5. de Inſtitoria actione: Sicut antequam cum inſtitore contrahunt, qui contrahere volunt, inquirere debent, an inſtitor ille & præpoſitus ſit, ita & inquirere diligenter ac curioſe oportet, quibus legibus & conditionibus præpoſitio facta ſit, nec vereri debebunt, ne nimis curioſi videantur, cum magnam in eam rem præſtare diligentiam debeant. Alioqui erit iis imputandum, non cur minime divinaverint, ſed cur non diligentius inquiſiverint de legibus & conditionibus præpoſitionis — — — Si dominus plures habuit inſtitores, inſpiciendum erit, an cum omnibus ſimul contrahi voluerit, an & cum uno ſolo (d). Von dieſer Regul machet jedoch der L. XI. §. 5. de Inſtitoria actione folgende Ausnahme: Sed ſi alias cum alio contrahi vetuit, *continua variatione*, danda eſt omnibus adverſus eum actio. Neque enim decipi debent contrahentes. Hier wird nicht ſowohl ein Mandatum tacitum,

wodurch

wodurch die Inſtruction erweitet worden, vorausgeſetzet, als ein ſolches Betragen erfordert, welches den Dritten Glauben gemacht, es ſey der Lex præpoſitionis Anfangs anders gefaſſet geweſen, als er wirklich war, oder auch geändert. FABER d. l. lit. 6. commentiret darüber alſo: Melius punitur variatio, quam toleratur, ut fraudi ſit contrahentibus, qui decipi certe non debent, cum tamen imputari poſſit domino, cur tam ſæpe variaverit. Prima igitur variatio non ſufficeret ad inducendam inſtitoriam, ſed continuam aut ſaltem frequentiorem fuiſſe variationem oportet. Wenn daher die Inſtruction erfordert, daß ein Inſtitor ohne des andern Zuthun kein Geld leihen ſoll, es geſchiehet aber mit Vorbewuſt des Herrn vielfältig, dieſer läſſet es gelten, und giebet ſolches durch ſein Thun oder Laſſen ſolchergeſtalt zu erkennen, daß der Dritte dadurch beweget wird, auf eines Factors Schein Geld zu leihen, ſo kan allerdings ſein Herr inſtitoria actione belanget werden.

(a) MARQUARD de Jure Mercartorum Lib. I. Cap. 8. n. 22. EYBEN de Factoribus Diſſ. poſter. Cap. 3. n. 7.

(b) MARQUARD d. l. n. 27. COCCEJUS Tom. II. Conſ. 272. n. 7.

(c) EYBEN d. l. Cap. 5. n. 6. MAURITIUS Conſ. 27. n. 26. 29.

(d) MÜLLER ad Struv. Ex. 20. §. 33. lit. γ. LEYSER Spec. 16. med. 3.

LX. Bedenken.

Vom Beweis der Lehnbarkeit.

Chriſtian Theodor von Anderten brachte ein Atteſtat der Königl. Lehncammer dahin aus, daß die 12 Morgen Landes auf dem ſo genandten Rode, welche er zu verkaufen gewillet, in keinem Anderſchen Lehnbriefe nominatim aufgeführet zu finden, und bewegte dadurch das Amt Calenberg, eine Edictalcitation an diejenige ergehen zu laſſen, welche an dieſem Lande Anſpruch zu haben vermeinen, mit der Verwarnung, daß wenn dieſelbe in termino nicht erſchienen, ſie die gänzliche Präcluſion und Impoſition eines perpetui ſilentii zu gewärtigen haben ſolten. In ſelbigen fande ſich niemand an, der den Verkauf hindern konte, und deswegen erfolgte ein Decretum præcluſivum. Bald nachher aber nahm die verwittwete Hauptmannin von Anderten in Vormundſchaft ihrer Kinder beſagtes Land, als Lehn, in Anſpruch, und begehrte Reſtitutionem in

integrum contra lapſum termini præcluſivi. Ihr wurde nun die vorgegebene Lehnbarkeit zu erweiſen auferleget, und ſie führte zu dem Ende an, 1) daß die von Anderten von denen von Reden und von Hugo mit $5\frac{1}{2}$ Hufen Land im Ricklinger Felde beliehen wären, weswegen ihre daſelbſt befindliche Aecker für Lehn zu halten, da ihnen an dieſer Hufenzahl noch viel fehlete. 2) Habe des Beklagten Vater in einem eigenhändigen Theilungszettel die ſtreitige Aecker für Lehn erkand. Weil auch derſelbe 3) einen Concurs erreget, und ſein ganzes Erbe den Gläubigern zu Theil worden, mithin er nichts als das Lehn behalten, gleichwohl ihm dieſe 12 Morgen verblieben, ſo könne es nur deswegen geſchehen ſeyn, weil ſie für Lehn geachtet worden.

Der Beklagte fochte den Theilungszettel an, weil er nicht unterſchrieben war, und brachte einen Brief von 1594 bey, mittelſt deſſen Martin von Anderten dem Henni Thielen für 210 Gülden Münze drey Stücke Acker Landes auf den Roden, als ſein freyes Erbland, auf einen Wiederkauf verkaufet hat, und dieſe gehören ſondern Zweifel zu dem ſtreitigen Lande.

Die Königl. Hannöverſche Juſtitzcanzley erkandte den geführten Beweis für hinreichend, und zwar 1) weil ihn die Lehnbriefe enthalten, welche wider einen Lehnman vollenkommen erweiſen (a). Der Beklagte wolte nur behaupten, daß ſich $108\frac{3}{4}$ Morgen Andertſchen Lehnlandes im Ricklinger Felde finden. Dieſe machen bey weitem keine $5\frac{1}{2}$ Hufen aus, wenn man gleich auf eine jede Hufe nur 25 Morgen rechnen wollte, da ſie doch gemeiniglich aus 30 Morgen beſtehet, folglich iſt alles daſelbſt fürhandene Andertſche Land für Lehn zu halten, wenn die Lehnbriefe ihre Richtigkeit haben.

Die Königl. Lehncammer hielte auch in einer andern Sache beſage Reſcripti d. 20. Aug. 1759 dafür, „es ſey denen Vaſallen von Reden aufzuerlegen, eine Specification aller vor Pattenſen belegenen Lehnſtücke, womit ſie in Gefolg der Lehnbriefe beliehen ſind, zu verfertigen und heraus zu geben, woraus ſodann von ſelbſt ſich zu Tage legen würde, ob dieſelbe auſſer denen angeblichen Allodialſtücken ihre ſämtliche Lehnspertinenzien vor Pattenſen annoch gebührend beyſammen haben oder nicht, als auch insbeſondere, ob die zu verkaufen intendirende 205 Morgen Landes zu vorgedachtem Lehn gehören, oder als ein freyes Allodium anzuſehen ſind.„ Von Königl. Juſtitzcanzley wurde auch die Herausgabe einer ſolchen Specification dem Rediſchen Curatori am 27. April 1759 anbefohlen.

Es

Es ſind zwar 2) die Angaben der Vaſallen nicht immer glaubwürdig, weil ſie vielfältig zum Nachtheil des weiblichen Geſchlechts, und der Gläubiger ohne allen Grund geſchehen (b). Aber dieſes iſt nur alsdenn zu vermuthen, wenn es an andern Beweisthümern mangelt, und ein Stück als Erbe behauptet werden können, dafern das Geſtändniß nicht fürhanden wäre. In deſſen Entſtehung, und wenn die Beſchaffenheit der Güter auch nur zweifelhaft iſt, ſo mag man weder einen Betrug, noch einen Irrthum dem Beſitzer, der es für Lehn erkand hat, beymeſſen, ſondern es iſt dafür zu halten, daß er ſich von deſſen Lehnbarkeit überzeuget gefunden, und ſein Geſtändniß ſchadet ſeiner Nachkommenſchaft.

3) Wirket eine Vermuthung der Lehnsqualität, daß bey erregten Concurs die Ländereyen den Gläubigern nicht zu Theil worden, welche ſorgfältig zu unterſuchen pflegen, was zum Erbe gehöret, und ſich ſchwerlich abweiſen laſſen, wenn ſie die Lehnbarkeit nicht anerkennen müſſen.

Dieſe Gründe zu entkräften, iſt ganz unzulänglich, daß einſtmahl ein Beſitzer jemanden glauben gemacht, das Land ſey Erbe, und ihn dadurch beweget hat, Geld auf daſſelbe herzuſchieſſen, maſſen ein ſolches Zeugniß in ſeiner eigenen Sache nicht die mindeſte Aufmerkſamkeit verdienet.

Es wurde daher am 19. Mart. 1759 erkand: Weil Appellat in keine Abrede ſtellet, daß vor Ricklingen $5\frac{1}{2}$ Hufe Andertſches Lehnland ſich finden müſſen, zu dem daſigen Andertſchen Meyerhofe, ſeiner Angabe nach, aber nur $108\frac{1}{4}$ Morgen gehören, mithin die übrige zur Ergänzung der $5\frac{1}{2}$ Hufe erforderliche Ländereyen der von Anderten, welche im Ricklinger Felde belegen, für Lehn zu halten, ſolche Vermuthung auch das Geſtändniß Appellatens Vaters, und daß bey entſtandenem Concurs dieſe Aecker nicht veräuſſert worden, ſehr beſtärket, ſo ſind der Appellantin unmündige Kinder contra lapſum termini præcluſi in integrum zu reſtituiren, mithin iſt der geſchehene Verkauf der 12 Morgen qu. für null und nichtig zu achten.

(a) Meine Nebenſtunden Part. III.

(b) Ibid.

LXI. Bedenken.

Derjenige, welchem auferleget worden, ein eidliches Verzeichniß der bey ihm fürhandenen Erbſchaftsſtücke heraus zu geben, thut ſeiner Obliegenheit ein Genügen, wenn er ſchwöret, deren keine unter ſich zu haben.

Es war Jürgen Chriſtoph Marheinen von dem Einbeckiſchen Stadtmagiſtrat auferleget, was er von ſeinem Vater an Gelde, oder ſonſt erhalten, eidlich anzuzeigen. Er wendete ein, nichts, als zuweilen ein bis zwey Mariengroſchen für verfertigte Häute empfangen zu haben, und erbote ſich, ſolches zu beſchwören. Sowohl beſagter Magiſtrat, als die Königl. Hannöverſche Juſtitzcanzley erachtete ſein Erbieten für hinlänglich. Die Gießiſche Juriſtenfacultät, an welche die Acten in der Reſtitutionsinſtanz verſand wurden, ſahe die Sache nicht anders an, und condemnirte den Gegentheil in die Koſten des verzögerten Proceſſes. Ihre Rationes decidendi beſtunden darin, daß wenn derjenige, welchem die Herausgebung einer eidlichen Specification oblieget, die abgeforderte Anzeige mediante juramento thut, von demſelben weiter nichts verlanget werden könne, ſondern der Gegentheil die Stücke, welche er pro omiſſis angiebet, rechtlicher Gebühr nach zu erweiſen ſchuldig ſey, daher derjenige ſeiner Obliegenheit ein Genügen leiſte, welcher gar nichts bekommen zu haben, ſchwören will. Dieſen Spruch fochten die Beklagte mittelſt der Querelæ nullitatis an, und eine andere Juriſtenfacultät erkandte, „daß die geſuchte Herſtellung in den vorigen Stand Rechtens wider den vorigen Beſcheid, geſtalten Sachen nach, für unſtatthaft nicht zu halten, auch die Appellantin und Mit-Appellantin in die Koſten des verzögerten Proceſſes nicht zu vertheilen ſtehen, ſondern es iſt die Klägerin und Appellantin nach Maaßgebung des rechtskräftigen Beſcheides num 18. ein eidliches Verzeichniß über alles dasjenige, was ihr verſtorbener Erblaſſer von ſeinem Vater an beweglichem und unbeweglichem Vermögen und ſonſten, wie das immer Namen haben möge, je erhalten hat, doch nur vermittelſt Eides von gewiß glauben, binnen Monaths Friſt auszuantworten pflichtig, gleichwohl der Appellantiſchen Theile Erinnerungen und Beweis dawider, in ebenmäſſiger Friſt, vorbehältlich, ferner darauf zu beſchehen was Rechtens iſt. Schließlich werden die Unkoſten dieſes und des vorherigen Reſtitutionsverfahrens aus bewegenden Urſachen gegen einander aufgehoben.„ In den Rationibus decidendi will behauptet werden, „daß niemand ein väterliches Geſchenk von 1 bis 2 Mgr. für ein eidliches Verzeichniß der väterlichen Verlaſſenſchaft achten werde, daher die Erklärung, daß der Sohn von ſeinem Vater nichts, als zu-

weilen 1 bis 2 Mgr. für verfertigte Häute erhalten hätte, eines leiblichen Eides nicht würdig ſey, auch zur Entſcheidung der Hauptſache faſt nichts vortrage, maſſen deren Schlichtung fürnemlich darauf ankomme, ob der Kläger am Pflichttheil verkürzet ſey, und ob der Teſtator wider den Lib. 6. Cod. de ſecundis nuptiis der Stiefmutter das Haus beſcheiden können, weswegen eine Berechnung erfordert werde. Es laſſe auch der Prætor ob æquitatem denen Partheyen contra rem judicatam reſtitutionem in integrum angedeihen, und dieſes geſchehe noch heutiges Tages beym Kayſerl. Reichshofrath. Die Wittwe Marheinen bediente ſich wider ſolches Urtel des Remedii ſupplicationis und erhielte von Königl. Juſtizcanzley am 17. Mart. 1759 folgende Reformatoriam: „Weilen wider die Num. Act. 54. und 65. befindliche rechtskräftige Erkenntniſſe ſo wenig die Querela nullitatis, als das nicht interponirte Remedium reſtitutionis in integrum Platz findet, und derjenige, welcher ſich zu ſchwören erbietet, daß er nichts zur Erbſchaft gehöriges empfangen, deſſen Juratam ſpecificationem unmöglich ediren kan, ſo iſt die Urtel vom 18. Junii 1758 wieder aufzuheben, mithin Klägerin und Supplicantin zu dem offerirten Eide zu laſſen, Beklagte und Supplicaten aber ſchuldig, reſp. eine Specification des ſämmtlichen Nachlaſſes ihres verſtorbenen Ehemannes und desjenigen, ſo der Schwiegerſohn Behrens mit ſeiner verſtorbenen Frau an Brautſchatz und ſonſt erhalten, binnen 4 Wochen zu ediren, auch die ſeit dem 13. Febr. 1756 der Klägerin verurſachte Koſten, ſalvo moderamine judiciali, zu erſtatten.„ Man hielte dafür, die Einbeckiſche Urtel ſey keinesweges dergeſtalt zu erklären, daß ſie unmögliche Dinge fordere, und es laufe der Natur zuwider, demjenigen welcher ſchwören will, nichts empfangen zu haben, und des Gegentheils keinesweges überführet iſt, anzumuthen, etwas zu ſpecificiren, ſo er nicht empfangen hat (a). Nachdem durch die Gießiſche Urtel dem Beklagten die Reſtitutio in integrum verſaget worden, konte ihm dieſes Remedium juris nicht ferner angedeihen (b). Die Querela nullitatis war eben auch unſtatthaft, weil aus keinem offenbar falſchen Principio juris geſprochen worden (c), ſondern vielmehr der Gegenſatz desjenigen, worauf ſich die Urtel gründet, allen Rechten zuwider läufet.

(a) LEYSER Spec. 365. med. 2.

(b) LYNCKER Vol. I. Reſp. 132. n. 1. STRYK in Conſ. Hall. Tom. I. Lib. 1. Conſ. 267. n. 5.

(c) Herr Ober Appellationsrath PUFENDORF Tom. II. Obſ. 106.

LXII. Bedenken.

Ob ein Fürſtl. Rath wegen ihm zuſtändiger Bürger-Güther Exceptionem primæ inſtantiæ vorſchützen könne, wenn er vor einem höhern Gericht Actione reali belanget wird.

Daß die Fürſtl. Räthe nicht wider Willen vor den Untergerichten Recht nehmen dürfen, iſt ihnen zu gute geordnet. Es ſcheinet daher denenſelben das Beneficium primæ inſtantiæ, welches eine Rechtswohlthat iſt, deren ſich mancher ungern begiebet, wegen ihrer bürgerlichen Güter nicht entzogen zu ſeyn, wenn ſie ſich deſſen bedienen wollen (a). Zwar wendet LEYSER Spec. 79. Coroll. 1. dawider ein, es ſtehe den Unterobrigkeiten überall keine Jurisdiction über ſolche Räthe zu, und allenfalls hatte der Kläger und nicht der Beklagte Electionem fori per Lib. 2. §. 2. de eo quod certo loco. Allein der erſte Grund iſt eine Petitio principii, und den zweyten erweiſet das angeführte Geſetz keinesweges, welches de alternativa debitoris promiſſione ſolvendi Epheſi aut Capuæ handelt, und ganz billig verordnet, daß der Schuldner den Ort der Zahlung wählen könne, wenn er damit gebührend einhält, in deſſen Entſtehung aber demjenigen, dem gezahlet werden ſoll, erlaubet, ſeine Klage an dem einen oder andern Ort anzuſtellen, quia alius ſemper promittens alium locum ſit electurus. Ant. FABER in Rationalibus ad d. L. ſchreibet: Nulla promiſſori fit injuria, cum poſſit ille eligendo prius ibi ſolvat, id eſt, ſolvendo ubi volet, impedire, ne actor poſſit unquam eligere ubi petat, atque ita eligendi facultatem præripere —— —— Petitionem hic intelligere debemus non extrajudicialem illam interpellationem, quæ ad moram contrahendam ſufficeret, ſed litis conteſtationem, quæ petitionis nomine proprie ſignificatur, ad quam usque permittitur promiſſori variare, quoties velit. Daraus folget keinesweges, daß demjenigen, welchem kein Verzug beyzumeſſen, das Beneficium primæ inſtantiæ entzogen werden könne. Deſſen Gebrauch giebet der Sache einen ſehr geringen Aufenthalt, und man kan daher nicht ſagen, Reum jus eligendi prætexendo actori illudere.

(a) CARPZOV Lib. 2. Reſp. 13. n. 16. BERGER in Deciſionibus ſummi Provocationum Senatus Dec. 281.

LXIII. Bedenken.

Wer die Urtel rechtskräftig werden laſſen, worin ihm ein Capital zuerkand worden, ohne der Zinſen und Nutzungen Meldung zu thun, kan dieſe nicht begehren, es wäre denn, daß ſie demſelben verſprochen worden.

Es heiſſet in Lib. 4. C. depoſiti: Si cum depoſiti actione expertus es, tantummodo ſortis facta eſt condemnatio, ultra non potes propter uſuras experiri. Non enim duæ ſunt actiones, ſed una, ex qua condemnatione facta, iterata actio rei judicatæ exceptione repellitur; und in Lib. 13. C. de Uſuris: Si finitum eſt judicium ſententia, quamvis minoris condemnatio facta eſt, non adjectis uſuris, nec provocatio ſecuta eſt, finita retractanda non ſunt, nec ejus temporis, quod poſt rem judicatam fluxerit, uſuræ ullo tempore poſtulantur, niſi ex cauſis judicati. Die mehreſte Rechtslehrer halten deswegen dafür, quoties debentur uſuræ ſolo Judicis officio, veluti in reivindicatione, toties non petitas, vel in ſententia omiſſas amplius peti non poſſe (a). Zwar ſchränket dieſes BRUNNEMANN ad Lib. 4. C. depoſiti auf den Fall, wenn Zinſe eingeklaget worden, alſo ein: Si uſuræ non fuiſſent petitæ priori libello, non poſſet dici reum fuiſſe abſolutum. Abſolutio enim petitionem præſupponit. Aber dieſe Petitio geſchiehet immer ſtillſchweigend (b), und der Richter iſt ſchuldig, den Partheyen, was ihnen gebühret, zuzuerkennen, wenn ſie gleich nicht ausdrücklich darum angeſuchet haben (c). Indem es unterbleibet, verſaget er ſolches den Klägern, und ſie können ſich nicht helfen, wenn die Urtel rechtskräftig worden, weil der Acceſſionum halber keine andere, als die rechtskräftig abgethane Actio denenſelben zuſtehet, und hat alſo die Königl. Hannöverſche Juſtitzcanzley in Sachen Fleiſchmann wider Wächter am 28. Mart. 1759 erkand. In eben dieſem Rechtshandel waren dem Kläger nur die von dem Beklagten gehobene Nutzungen durch ein rechtskräftiges Urtel zugeſprochen. Daher entſtunde die Frage: Ob ihm nicht poſt litem conteſtatam fructus percipiendi gebührten? Es iſt ſolches ſonſt klar verſehenen Rechtens, und ein Urtel dergeſtalt zu erklären, daß ſie demſelben gemäß ſey. Eine andere Bewandniß hat es mit denen darin übergangenen Zinſen, als welche dem obſiegenden Theil billig verſaget werden, wenn ſeine Forderung zur Zeit der Kriegesbefeſtigung annoch illiquid, mithin er nicht ſäumig geweſen. Weil jedoch aber der Worte natürlicher Deutung nach unter gehobenen Nutzungen, diejenige nicht begriffen werden, ſo nicht gehoben ſind, ſondern nur gehoben werden können, und man alle Erkenntniſſe im engeſten Verſtande deuten muß, ſo fande die Mei-

nung derjenigen Rechtslehrer (d) Beyfall, welche in einem ſolchen Fall dem Kläger Fructus percipiendos verſagen.

(a) Barbosa ad L. 4. C. depoſiti n. 7. 10. Wissenbach ad L. 13. C. de Uſuris. Berger O. J. Lib. 2. Tit. 2. §. 34. not. 9. & in E. D. F. Tit. 34. Obſ. 8. Wernher Part. VI. Obſ. 377. Leyser Spec. 243. Med. 6. Bellmann de Effectu ſententiæ ad omiſſa in reſtitutione fructuum, expenſarum & uſurarum §. 4.

(b) Stryk U. M. ff. Tit. de Reivindicatione §. 15.

(c) S. oben das LVI. Bedenken.

(d) Menoch Vol. II. Conſ. 110. Reyger Theſaur. jur. voc. *fructus* pag. 1635. n. 69.

LXIV. Bedenken.

Das Recht der Erſtgeburt, welches in der Grafſchaft Hoya den Söhnen der Bauren zuſtehet, gilt unter den Bürgern nicht, und dieſe können von dem Ihrigen durch einen letzten Willen Verfügung machen.

Nicht nur in den Hoyaiſchen Meyergütern, ſondern auch in andern Bauerhöfen ſuccediret der älteſte Sohn, wenn er dazu geſchickt iſt (a). Dieſes wolte man in Sachen Wilken Meyers Kinder zweyter Ehe wider deſſen nachgelaſſene Wittwe und deren Kinder auf die Harpſtädtiſche Bürger ausdehnen, weil ſie unter dem Amt ſtehen, und wenige Vorrechte vor den übrigen Amtsunterthanen haben. Es erweiſet jedoch folgendes Privilegium, daß ihnen Stadt- und Weichbildsrecht verliehen worden: „Wy Otto von Gottes Gnaden Grave thor Hoya unde Broeckhuſen unde Wy Juncker Gerd ſyn Söhne, bekennen und betügen openbahr, in dyßen Breve, vor alle den gehnen die ehme ſeht, offte hören leſen, dat wy vor Unß und unſe rechte Erben hebben uht gegeven, unde gevet in dyſſen Breve eine Stadt oder Wychboldt tho macken, op tho ſchlande und tho begriepende tho Harpſtede in deſſer Wyß alße ſye nach beſcreven ſteith, datt de Statt offte Wychbilde ſchölet Unſe und Unſere Erven weſen unde blieven, Uns, Unſe Erven, und Unſer Herrſchup truweliecken helpen unde mit gantzer Macht, wann Unß und Unſe Erve deß noht unde zu thonde ys, ock ſchölet ſe Uns und Unſere Erve huldigen alße Steede ehren Herren tho rechte pleget,

unde

unde wy unde Unſe Erve, ſchölet und willet darynnen beholden Richte und Rechte, gebrucken Münte, Tollen, Möllen unde Zinſen. Hiernechſt ſo en ſchöle wy noch en willet, oder Unſe Erve, nemand vor unrechten, de darynne wahnet, unde datt thoe ewigen Tyden, wenn wy und Unſe Erven ſchölet und willet ſe laten by allen rechte, unde laten ſe brucken des Erves, und datt vorkoepen, verweßlen, vorſetten, unde vorgeven weme unde wor ſe willet. Ock ſchölet Se brucken Wychboldes Rechtes na Bremer Rechte. Wolte aber ener weg vahren, unde dar nicht blieven, datt mach he thoen, ſunder Unſere unde Unſere Vögte hinder unde Bewerniſſe, und mag ſyen Tümmert Bawwen lahten, wenn he will, de Unß da Börger Recht von plegen will, yn ſyne ſtede. Och ſchole wy unde unſe Erven Vahren und Ungebahren ewicklich tho warende unde tho blievende, Alle den jehnen dett in datt vorbenömbte Wychbolde kamt unde wahnet unde daynne bliebet, ſünder egen Lüde, de en dencke wy hier nicht meede tho fryende; Alle düſſe vorſchreven ſtücke lave wy Grave Otto und Juncker Gerd ſy Söne vorgenent, an guten treuen den gehnen, de in datt vorbenembte Wychboldt fahret und kahmet, vor Uns und Unßer Erven ſtetes und fäſte tho holdende an Argeliſt; daß to eyner mehrer Bekäntnüß hebbe Wy unſe grote Inſiegell gehangen tho deſſen Breve, de gegeben unde ſchreben iß na der Gebohrt Chriſti unſers Herrn drütteyn hundert Jahr darnach yn den ſes unde negendigſten Jahr, des Sondages alße man ſunge Oculi yn der Faſten. „

Hier wird den Harpſtedtiſchen Bürgern ausdrücklich erlaubet, das Ihrige zu veräuſſern, und ihre Häuſer zu laſſen, wem ſie wollen. Dieſelbe können alſo auch durch einen letzten Willen davon Verfügungen machen. Die Rintelſche Juriſtenfacultät hat 1755 alſo erkand, und dieſer Spruch iſt von der Königl. Hannöverſchen Juſtitzcanzley am 12. Mart. 1759. beſtätiget.

(a) S. meine Commentation de Jure villicorum Cap. VIII. §. 6.

LXV. Bedenken.

Ob Eltern widerrufen können, was ſie in der mit dem zweyten Ehegatten errichteten Eheſtiftung den Kindern erſter Ehe zum Beſten verabredet haben.

Wenn Eltern zur zweyten Ehe ſchreiten, ſo ſorgen dieſelbe vielfältig für die Kinder erſter Ehe, und beſtimmen ihnen, mit der Stiefmutter Genehmhaltung, einen billigen kindlichen Erbtheil, den ſie dermahleins zu erwarten ha-

ben ſollen. Das Novercale odium und die Liebkoſungen der Stiefmutter bringen dieſelbe aber demnächſt nicht ſelten auf andere Gedanken, und bewegen ſie, das in der Eheſtiftung Verordnete durch ein Teſtament wieder aufzuheben. Daß ſolches geſchehen könne, wird von einigen Rechtslehrern verneinet (a). Es leidet auch bey mir keinen Zweifel, daß nach der Vernunft und den üblichen teutſchen Rechten, die einem Dritten zum Beſten errichtete Verträge verbindlich ſind (b). Dawider wendet aber CARPZOV Part. II. Conſt. 43. Def. 16. ein, Patrem liberis nullo ſe facto obligaſſe, contrahentem cum ſecunda uxore, ex quo contractu nulla competere poterat actio, ut maxime contrahentes de ipſis etiam diſpoſuiſſent (c). Wenn denen Kindern das Verſprechen geſchehen, ſo muß es auſſer Zweifel erfüllet werden, wie auch, wenn die Eltern geäuſſert haben, daß ſie ihnen ein unwiderrufliches Recht mittheilen wollen. Erhellet aber ſolches nicht, ſo wird billig vermuthet, daß dieſelbe der freyen Diſpoſition von dem Ihrigen ſich keinesweges begeben, ſondern nur verordnet haben, wie der Nachlaß zu vertheilen, dafern ſie, ohne ein anders zu verfügen, mit Tode abgehen, weil den bekandten Rechten nach im Zweifel nicht dafür zu halten, daß ſich jemand verbindlich gemachet, und ſeiner Befugniß zu entſagen gemeinet geweſen (d). Die Königl. Hannöverſche Juſtitzcanzley hat in Sachen Wilken Meyers Kinder zweyter Ehe wider deſſen nachgelaſſene Wittwe und deren Kinder am 12. Mart. 1759 alſo erkandt.

(a) LYNCKER Vol. I. Reſp. 109. n. 12.

(b) Herr Ober-Appellationsrath PUFENDORF Tom. II. Obſ. 38. Meine Commentation de Jure Villicorum Cap. 3. §. 32.

(c) S. auch MEVIUM ad Jus Lubec. Part II. Tit. 2. Art. 2. n. 201. LUDOLF Obſ. for. 146.

(d) COCCEJUS de Jure circa actus imperfectos Sect. 3. §. 20.

LXVI. Bedenken.

Vom richterlichen Durchgreifen.

Es hält LEYSER Spec. 116. Med. 1. dafür, daß um einen weitläuftigen Streit über der Erbtheilung zu vermeiden, man einem Erben den ganzen Nachlaß, und dem andern eine gewiſſe ihm heraus zu gebende Geldſumme nach Gutbefinden zubilligen könne. Dieſes ſoll der L. 55. ff. Fam. erciſc. rechtfertigen, welcher

alſo

alſo lautet: Si familiæ erciſcundæ vel communi dividundo judicium agatur, & diviſio tam difficilis ſit, ut pene impoſſibilis eſſe videatur, poteſt Judex in unius perſonam totam condemnationem conferre, & adjudicare omnes res. Hier wird nicht geſaget, daß der Richter, um einen Proceß zu endigen, demjenigen, der 200 Rthlr. fordert, 190 Rthlr. zuerkennen könne, ohne zu unterſuchen, ob ihm nur ſelbige gebühren, ſondern daß wenn das Objectum litis kaum theilbar iſt, er einem Theil auferlegen möge, den wahren Werth ſeiner Portion an Gelde zu nehmen. Wenn aber durch die Taxation der Güter eines Kindes Pflichttheil ausfündig zu machen ſtehet, ſo findet beſagter L. 55. überall keine Anwendung. Iſt das Recht klar, und kan das Factum klar gemachet werden, alsdenn muß der Richter nicht nach Gutdünken, ſondern nach der Geſetze Vorſchrift erkennen (a), und keinem den mindeſten Heller entziehen, den er mit Recht fordert. Nur in dem ſeltenen Fall, wenn der verwirrten Umſtände und mangelnden Nachrichten halber es unmöglich iſt, die Sache genau zu entſcheiden, darf man die Partheyen zum Vergleich nöthigen, und alſo herdurchgreifen (b). Da es ſchwer fällt, den durch die franzöſiſche Invaſion, inſonderheit aber die feindliche Einquartirungen erlittenen Schaden, mithin die Schadloshaltung zu beſtimmen, welche der Verpächter dem Pächter widerfahren laſſen muß, ſo hat man wohl ein Quantum ex æquo & bono, ohne die genaueſte Unterſuchung, feſtgeſtellet, denen Partheyen aber immer die Thür offen gelaſſen, einen gröſſern Schaden darzuthun. Wäre es dem Richter erlaubet, um die Proceſſe abzukürzen, ſo oft herdurch zu greifen, als die Partheyen Urſach haben, auf dem ſtrengen Recht nicht zu beſtehen, ſo würden die mehreſte Rechtshändel bald geendiget, aber auch niemand des Seinigen völlig verſichert ſeyn, und mancher beweget werden, unnütze Händel anzufangen, weil er immer hoffen könte, der Richter würde ohne die Sache genau zu unterſuchen, ihm etwas zuerkennen, um den Partheyen die Proceßkoſten zu erſparen. Bey unſerer Gerichtsverfaſſung befördert das Herdurchgreifen die Endſchaft der Sachen nicht, ſondern ſelbiges entfernet ſie vielmehr, weil gemeiniglich ein Theil, und wohl beyde es bey dem willkührlichen Spruch nicht laſſen, ſondern die Frage aufgeworfen wird: Ob der Richter alſo durchgreifen können? und in der Zeit, da man ſich hierüber zanket, wäre es öfters thunlich geweſen, die Sache ſelbſt klar zu machen. Es iſt daher am 12. Mart. 1759. eine von auswärtigen Rechtsgelehrten nach Gutdünken geſchehene Beſtimmung der Ablage von der Königl. Hannöverſchen Juſtizcanzley aufgehoben, und ſind die Klägere angewieſen, ihr mütterliches Eingebrachtes, auch daß ſie durch das väterliche Teſtament am Pflichttheil verkürzet worden, rechtlicher Gebühr zu erweiſen.

 (a, TEX-

(a) Textor de Arbitrio Judicis §. 5. 13. Kipping de diverſo Judicis a ſummi imperantis arbitrio & utriusque norma §. 56. 58. 59. Nettelbladt de Deciſione caſuum, quæ fit pro autoritate §. 3. 4.

(b) Eberwein de Tranſactione cogenda Cap. 2. §. 8.

LXVII. Bedenken.

Wer ſeine Unwiſſenheit eidlich beſtärken will, muß zugleich ſchwören, daß er allen Fleiß angewendet hat, gründlichen Unterricht von der Sache zu erlangen.

Von denjenigen, welche eine Handſchrift diffitiren wollen, fordert man gemeiniglich nur darüber einen Eid, daß ſie ſelbige nicht kennen, noch von den darin begriffenen Handlungen einige Wiſſenſchaft haben (a). Vielfältig wollen die Partheyen nicht wiſſen, was ihnen ſchädlich iſt, und geben ſich mit Vorſatz keine Mühe, Erkundigung einzuziehen, ob die Unterſchrift ihre Richtigkeit hat oder nicht. Eine ſolche, die Wahrheit verbergende vorſetzliche Unwiſſenheit iſt nicht zu dulden, cum paria ſint ſcire, & ſcire debere. Es erfordert daher billig Leyser Spec. 277. Med. 4., daß man auf des Producenten Begehren in die Eidesformul ſetze, "daß Producenten zwiſchen ihren Briefſchaften mit allem Fleiß vorhero nachgeſuchet haben, ob ihres Erblaſſers Hand darunter befindlich, und da dieſelbe ſich gefunden, daß ſie von ihnen vor ſich mit der unter dem Document befindlichen Subſcription fleiſſig compariret worden.„ Vom Kayſerl. Cammergericht geſchahe es am 9. May 1740 in Sachen ſämtlicher von Münchhauſen, wider den Grafen Maximilian Ulrich von Kauniz, und wurde erkand, "daß Hr. Beklagter, daß er ſelbſt, oder durch ſeine Bediente, ob einige Unterſchrift von denen Gräfinnen Ermgard und Walburg darunter befindlich, fleiſſig und treulich, auch ſolchergeſtalt wie er auf Erfordern, daß dergleichen Unterſchriften unter ſeinen Briefſchaften nicht vorhanden, eidlich zu erhärten ſich getrauet, nachſuchen laſſen, und im Fall ſich dergleichen finden ſollten, ſelbige zuförderſt mit der unter dem Original der Renthverſchreibung befindlichen Namens-Unterſchrift conferiren, und hiernächſt wegen derſelben Recognition oder eidlichen Diffeſſion, welche lediglich auf die Unterſchrift der Namen, und ohne einige Abſicht auf den Inhalt und die Gültigkeit oder Ungültigkeit der Rentverſchreibung zu richten, ſich ferner zu erklären habe.„ Auch ein deferirter Eid wird billig dahin ausgedehnet. Als demnach Scholing durch

eine dem Krevetſchen Curatori gethane Eidesdelation erweiſen wollte, daß ein Vergleich getroffen worden, und auch darüber von ihm einen Eid forderte, daß er die Krevetſche Briefſchaften genau durchgeſehen habe, wurde ihm deſſen Leiſtung von der Königl. Hannöverſchen Juſtitzcanzley am 2. April 1759 auferleget.

(a) Ober-Appellations-Gerichtsordnung, Part. II. Tit. 8. Art. 2. §. 5.

LXVIII. Bedenken.

Wenn ein präcludirter Gläubiger Reſtitutionem in integrum ausbringet, ſo fordert er von den bezahlten jüngern Gläubigern dasjenige billig wieder, was ſie nicht empfangen hätten, dafern er in der Prioritätsurtel gehörig claſſificiret wäre.

Es hält LEYSER Spec. 490. Med. 2. dafür, daß derjenige Gläubiger, welcher beym Concurs präcludiret worden, nachmals aber Reſtitutionem in integrum erlanget hat, von den Creditoren, die ſchon bezahlet ſind, nichts zurück fordern könne, und zwar deswegen, weil es 1) in Lib. 44. de Condictione indebiti heiſſet: Repetitio nulla eſt ab eo, qui ſuum recipit; wie auch 2) in dem Lib. 1. §. 12. de Separationibus: Praeterea ſciendum eſt, poſteaquam bona hereditaria bonis heredis mixta ſunt, non poſſe impetrari ſeparationem: confuſis enim bonis & unitis ſeparatio impetrari non poterit. Allein 1) verordnet hingegen der L. 19. §. 1. de Condictione indebiti: Quamvis debitum ſibi quis recipiat, tamen ſi is, qui dat, non debitum dat, repetitio competit. Um dieſen Legem mit dem L. 44. zu vereinbaren, iſt der letztere von dem Fall zu verſtehen, wenn einer wiſſentlich für den wahren Schuldner zahlet. Denn ſolcher hat keine Zahlung aus Irrthum gethan. Er kan daher nichts von demjenigen begehren, der das Seinige empfangen, ſondern nur den Schuldner, welcher mit ſeinem Gelde von der Schuld befreyet worden, negotiorum geſtorum actione belangen (a). Dieſe Deutung iſt der Analogiæ Juris gemäß. Denn wer das Meinige unter ſich hat, ohne daß ihm ein Recht daran zuſtehet, wird billig genöthiget, es mir heraus zu geben, obwol ich denſelben weder ex contractu noch ex delicto belangen kan (b). 2) Setzet der L. 1. §. 12. de Separationibus voraus, daß die Güter des Erblaſſers und Erben nicht von einander geſondert werden können. In einem gewiſſen Fall war aber ganz erweislich, was der jüngere Gläubiger mehr empfangen hatte, als ihm gebühret, und fande alſo dieſer Lex keine Anwendung.

 (a) FA-

(a) FABER in Rational. ad L. 19. §. 1. & L. 44. de Condictione indebiti. BRUNNEMANN ad d. L. 44.

(b) Aequum eſt rem ad me pertinentem, & apud alium exiſtentem mihi reſtitui LAUTERBACH C. T. P. tit. de Condictione ſine cauſa §. 4. HARPRECHT Reſp. 71. n. 218. HERTIUS Vol. 1. Reſp. 37 n. 17. BOEHMER Tom. I. Part. II. Reſp. 87. n. 21., licet cum poſſeſſore non contraxerim; nec is deliquerit TITIUS ad Lauterbach Obſ. 373. Quin condictio locum invenit, ſi pecunia nondum mea fuit, ſed tantum ſit debita, & ad alium pervenerit BRUNNEMANN Conſ. 93. n. 9. LINCKER Vol. I. Reſp. 3. n. 23. 27.

LXIX. Bedenken.

Wer vor entſtandenem Concurs einen ältern Gläubiger indebite bezahlet, und dadurch veranlaſſet hat, daß die jüngere Gläubiger, ſo ſonſt leer ausgegangen wären, ihre Befriedigung erhalten, kan denjenigen, welchem die Zahlung geſchehen, zur Reſtitution nöthigen, dieſer aber den Regreß wider die jüngere Gläubiger nehmen.

Man mögte vermeinen, daß wenn jemand eine Zahlung aus Irrthum gethan, er von demjenigen das Seinige zurück fordern müſſe, dem daraus ein Vortheil entſtanden, mithin bey erregtem Concurs von den jüngern Gläubigern, die durch ſeine Zahlung reicher worden, nicht aber von dem ältern Gläubiger, der das Geld empfangen, weil ihm dadurch kein Vortheil geſchaffet iſt, da er aus dem Concurs das Seinige erlangen können. Es heiſſet aber in L. 49. ff. de Condictione indebiti: His ſolis pecunia condicitur, quibus quoquo modo ſoluta eſt, non quibus proficit. Denn die Condictio indebiti gründet ſich auf einen Quaſicontractum zwiſchen dem Zahler und demjenigen, welcher das Gezahlte empfangen, daher ſie wider einen Dritten nicht angeſtellet werden kan (a). Die jüngere Gläubiger mag jedoch der ältere mittelſt der Actionis negotiorum geſtorum nöthigen, das Erhaltene zurück zu geben, obwol er die Abſicht nur gehabt, durch die Einforderung der indebite gezahlten Gelder ſein eigenes Beſtes zu befördern (b).

(a) FABER in Rational. ad L. 49. de Condictione indebiti. HUBER ad ff. d. Tit. §. 2. VOET ad ff. d. Tit. §. 11. MÜLLER ad Struv Ex. 18. §. 43. Lit. α.

(b) Ex re non ex animi deſtinatione oritur quaſicontractus negotiorum geſtionis BRUNNEMANN ad L. 45. ff. de Neg. geſt. n. 4. MÜLLER ad Struv. E. 7. §. 47. Lit. α.

LXX. Bedenken.

Das unverantwortliche Verfahren der Mitglieder eines Collegii dürfen ihre Nachfolger im Amte nicht verantworten, und dafür büſſen.

Es hält zwar LYNCKER Dec. 1049. dafür, „wenn über den ganzen Rath Klage geführet wird, ob denn ſchon die vorige Membra meiſt abgangen, ſo würde doch deshalb der jetzige Rath billig zur Rede geſetzt, und könne ſich nicht entbrechen, nach Befinden Abtrag zu thun.„ Auch will der L. 76. de Judiciis: Si omnes judices mutati eſſent, tamen & rem eandem, & judicium idem, quod antea fuiſſet, permanere. Allein es lauft der Vernunft zuwider, denjenigen, dem weder ein Verbrechen, noch eine Verſäumniß beygemeſſen werden mag, deswegen zu verurtheilen, weil ſeine Vorfahren im Amt übel gehandelt haben (a). Der angeführte L. 76. redet nicht von der Richter Verbrechen und Verſehen, ſondern will nur, daß wenn jemand z. E. Cautionem judicatum ſolvi bey einem Gericht geleiſtet hat, er nicht verweigern könne, vor ſolchen ihr ein Genügen zu thun, wenn gleich zu der Zeit, da man es ihm anmuthet, die Glieder deſſelben nicht mehr fürhanden, denen das Verſprechen geſchehen. Nur diejenige, welche ſich etwas zu Schulden kommen laſſen, und deren Erben ſind alſo zu belangen (b) Selbſt LYNCKER ſchreibet Vol. I. Reſp. 105. n. 26., Succeſſorem non teneri de factis anteceſſorum, quin potius ſuæ adminiſtrationis rationem a quolibet exigendam eſſe. Die Königl. Hannöverſche Juſtizcanzley hat 1759 alſo erkandt, und das Königl. Ober-Appellationsgericht den davon appellirenden St. Polſchen Gläubigern die begehrte Proceſſus verſaget.

(a) L. 26. §. 6. ff. de Noxalibus actionibus. L. 23. C. de Decurionibus. L. 6. ff. de Magiſtratibus conveniendis. GUNDLING de Delinquente univerſitate §. 41.

(b) JCti Hallenſes Tom. II. Conſ. 43. n. 24. LEYSER Spec. 533. Med. 8. RIVINUS de Culpa ab uno collega commiſſa â toto collegio præſtanda p. 27. THOMASIUS in Diſſ. an ex facto anteceſſorum illicito teneatur collegium per tot.

LXXI. Bedenken.

Wider einen Fuhrmann, dem die ihm anvertrauete Sachen vom Wagen geſtohlen worden, findet die Actio de recepto keinen Platz.

Es hält Coccejus Jur. contr. Tit. Nautæ, caupones &c. Qu. 3. dafür, Edictum de recepto pertinere ad aurigas, quia publice profitentur cuſtodiam, & comparandi ſunt nautis. Nil enim intereſſe mari, an terra res & perſonæ recipiantur. Nun zweifele ich nicht, daß auch jura ſingularia ob identitatem rationis auf andere, als die im Geſetz nahmhaft gemachte Perſonen ihre Zueignung finden (a). Ich vermeyne aber, daß zwiſchen einem Schiffer und Fuhrmann keine völlige Gleichheit iſt. In einem Schiff kan ohne Zuthun oder groſſe Verſäumniß der Schiffleute nicht wohl ein Diebſtahl geſchehen. Der Exercitor muß aber nur dafür einſtehen, ſi in ipſa nave damnum datum ſit. Si extra navem, licet à nautis, non præſtabit, wie in L. 7. ff. Nautæ, caupones &c. verſehen. Der L. 3. pr. d. t. thut zwar hinzu: Etiamſi nondum ſint res in navem receptæ, ſed in litore perierint, quas ſemel recepit, periculum ad eum pertinet. Viel ehe können aber Diebe auf einer Reiſe, die viele Zeit erfordert, etwas von einem Wagen entfremden, als aus einem Schiff, und am Ufer, allwo die Sachen wenige Zeit unter den Augen der Schiffleute oder beſonderer Hüter bleiben, deren Verwahrung man bey Landreiſen dem Fuhrmann gemeiniglich aufgiebet, der die Augen nicht überall haben kann, und von welchem kein gröſſerer Fleiß zu fordern, als diejenige anzuwenden pflegen, welche ihre eigene Sachen überfahren. Dieſer Meynung pflichten (b) die mehreſte Rechtslehrer bey, und es iſt daher von der Königl. Hannöverſchen Juſtitzcanzley am 5. May 1759 in Sachen Meisner wider Ernſt, einem klagenden Kaufmann auferleget, des Fuhrmanns Culpam levem zu erweiſen.

(a) Conradi de Jure ſingulari §. 10.

(b) Carpzov Part. II. Conſt. 26. Def. 19. num. 5. Philippi de Rhedis meritoriis Cap. 4. §. 4. Harprecht vom Recht der Fuhrleute pag. 19. ICti Tubingenſes Tom. VI. Conſ. 47. n. 17. Wernher Part. IX. Obſ. 229.

LXXII. Bedenken.

Wer eine Rechnung ohne Widerſpruch annimmt, erkennet dadurch deren Richtigkeit nicht.

Wer Schriften, deren Inhalt ihm nachtheilig iſt, ohne Widerſpruch annimt, ſcheinet ihre Richtigkeit einzuräumen (a). Dieſes leidet jedoch ſeinen Abfall, wenn man beym erſten Anblick nicht wiſſen kann, ob alles der Wahrheit gemäß iſt, was ſie enthalten, ſondern ſolches eine Prüfung erfordert, welche ſogleich anzuſtellen, mancher unterläſſet. Alſo iſt es mit Rechnungen beſchaffen, die ſorgfältig nachgeſehen werden müſſen. Durch deren Annahme geſtehet man zwar eine Schuld, nicht aber daß dem Kaufmann ſo viel gebühret, als er fordert, mithin begiebet ſich niemand der ihm zu ſtatten kommenden Einwendungen, wenn er nicht ſogleich damit herausgehet (b), ſondern es iſt vielmehr zu vermuthen, daß ſolches unterblieben, weil die Prüfung nicht ſogleich geſchehen. Die Königl. Hannöverſche Juſtitzcanzley hat alſo am 24. April 1759 in Sachen des Heiniſchen Curatoris wider den von Oldershauſen erkand. Zwar ſcheinet LEYSER Spec. 279. Med. 10. eine andere Meynung zu hegen, indem er denjenigen zur Zahlung verurtheilet, der nach dem Empfang der Rechnung ſtille geſchwiegen, und in dem Antwortſchreiben, ohne den geringſten Defect zu ziehen, des Klägers Schuldner zu ſeyn, bekant hat. Es trate aber in dieſem Fall das Geſtändniß der Annahme hinbey, und dieſes wirket einige Vermuthung, daß die Reviſion geſchehen. Ich zweifele jedoch, daß ſie allein zum Beweis hinlänglich iſt. Alle Geſtändniſſe ſind im engeſten Verſtande zu nehmen, und wer bekennet, jemandens Schuldner zu ſeyn, der beſtimmet das Quantum der Schuld keinesweges, und entlediget den Kläger ſo wenig des ihm den Rechten nach obliegenden Beweiſes wegen der in Zweifel gezogenen Pöſte, als er den Einwendungen entſaget, welche er ſonſt machen könnte.

Wenn derſelbe aber mit dem Gläubiger oder deſſen Abgeſchickten die Rechnung durchgehet, und alsdenn nichts dawider einwendet, ſo iſt deſſen ſtillſchweigendes Geſtändniß, und ein ausdrückliches fürhanden, dafern er deren Richtigkeit nach der Einſicht erkand hat, wie alſo von Königl. Hannöverſcher Juſtitzcanzley 1760 in Sachen Claprott wider Liſt geſprochen worden.

(a) S. meine Vindicias Juris venandi Nobilitatis Germanicæ Cap. I. §. 24.

(b) Meine Nebenſtunden Part. III.

LXXIII. Bedenken.

Vom B.weis durch alte Urkunden und Zeugen, die alte Sachen von Hörſagen bekräftigen.

Es halten viele dafür, daß alte Urkunde wider einen Dritten vollenkommen beweiſen (a), und andere legen ihnen die Kraft eines halben Beweiſes bey (b). Sonder Zweifel iſt deren Richtigkeit vielmehr zu vermuthen, als jüngerer Briefe. Bey der leztern Verfertigung hat man vielleicht 1) auf den Streit, worin ſie gebrauchet werden wollen, ein Augenmerk genommen, und ihnen daher etwas einem Theil Nützliches einflieſſen laſſen, welches unglaublicher iſt, wenn der Verfaſſer nicht wohl wiſſen können, was dermaleins damit erwieſen werden wollen. Die Habſucht beweget 2) manchen etwas Unverantwortliches eines Vortheils halber zu thun, den er ſelbſt zu genieſſen hoffet. Nicht ſo leicht begehet aber jemand einen Betrug, und ſezet etwas Unwahres in eine Urkunde ſeiner ſpäten Nachkommenſchaft zum Beſten. Wolte man auch 3) in Sachen die, ihrer Eigenſchaft nach, durch Augenzeugen nicht bewieſen werden können, und worüber ſelten Briefe verfertiget werden, den ſchärfſten Beweis fordern, ſo käme mancher um ſein beſtes Recht. In ſolchen Geſchäften glaubet daher der Richter Zeugen von Hörſagen, obwol es in andern Sachen nicht geſchiehet. Thut er aber dieſes ohne alle Ausnahme, ſo wird in gewiſſenloſer Leute Willkühr geſezet, aus Feindſchaft oder Gewinnſucht einem zum Beſten den andern um Haab und Güter zu bringen. Das bloſſe Alter machet alſo eine Urkunde und ein Zeugniß nicht glaubwürdig, wenn keine andere Umſtände hinzukommen, welche böſen Verdacht aus dem Wege räumen (c). Was das Jus canonicum von den Teſtibus de auditu erfordert, enthält das Cap. 47. X. de Teſtibus, und alte Urkunden erweiſen nur mehr, wie die neuern, dafern ſtarke Adminicula glaublich machen, was darin enthalten iſt. Wenn es in Cap. 13. X. de Probationibus heißet: Mandamus quatenus ſecundum diviſionem, quæ per libros antiquos, vel alio modo melius brobantur, nec non teſtes, famam, & quæcunque alia adminicula in negotio procedatis, ſo wird nicht die bloſſe Antiquitatis der Bücher erfordert, ſondern vorausgeſezet, daß ſie Glauben verdienen, und commentiret Gonzalez TELLEZ num. 4. hierüber alſo: Si modo a majoribus noſtris illis libris ſive ſcripturis adhibita fides ſit, vel ſi ea ſcriptura in archivo vel loco publico aſſervatur, ubi tantum ſcripturæ publicæ ſolent reponi; wiewol auch andere Umſtände alte Briefe dergeſtalt beſtärken, daß ſie zum Beweis hinlänglich ſind (d).

Was

Was alt zu nennen, iſt in den Rechten nicht beſtimmet, und die Rechtsgelehrte hegen davon verſchiedene Meynungen. Einige erfordern den Ablauf einer hundertjährigen Zeit, weil nicht vermuthet wird, daß ein Menſch länger lebet (e). Andere laſſen es auf das Arbitrium judicis ankommen (f). Wenn eine Sache vor ſo vielen Jahren geſchehen, daß ſie nicht wohl durch Zeugen erwieſen werden kann, ſo iſt meines Ermeſſens Difficultas probationis fürhanden, und es finden auch die andere Urſachen ihr Zueignung, welcher wegen man den ſtrengſten Beweis nicht fordert (g).

(a) MYNSINGER Cent. V. Obſ. 79. COTHMANN Vol. II. Reſp. 56. n. 78. BOEHMER Tom. II. Dec. 142. n. 16.

(b) NICOLAUS de PASSERIBUS de Scriptura privata Lib. I. Qu. 4. n. 238.

(c) LEYSER Spec. 261. Med. 7. ICTI TUBINGENSES Tom. IX. Conſ. 42. n. 41.

(d) COTHMANN d. l. n. 84. 83.

(e) MARTINI ad O. P. S. Tit. 20. rubr. n. 236. HORN de Plena probatione per unum teſtem. Cap. 3. th. 7.

(f) MEISCHNER Tom. II. Lib. 2. Dec. 4. n. 88. NICOLAUS de PASSERIBUS de Verbis enunciativis Lib. 2. Qu. I. n. 44.

(g) I. S. STRYK de Teſtimonio injurato Cap. 3. §. 2.

LXXIV. Bedenken.

Von den Erforderniſſen eines verhängenden Arreſtes.

Es mißbilliget BRUNQUEL in Diſſ. de Proceſſu arreſti ad effectum ſiſtendi §. 14. die auf der Gläubiger bloſſes Geſuch ohne hinlängliche Urſachen vielfältig erkandte Arreſte billig alſo: Ad ſimplicem creditorum petitionem indiscrete ſæpius arreſta inprimis contra forenſes decernuntur, non attento, utrum arreſtandus jurisdictioni arreſtum decernentis ſubjectus ſit, nec ne, utrum de fuga ſuſpectus, aut metus dilapidationis adſit, nec ne, quam perverſam judicum conſuetudinem rejiciendam eſſe cenſemus. Dieſes geſchiehet auch in unſern Landesgeſetzen. Die Calenbergiſche Canzleyordnung Tit. 37. §. 4. 5. erlaubet nur einen ausländiſchen zu bekümmern, „wenn er 1) in hieſigen Landen und Gerichten mit einem Unterthanen contrahiret, oder bey Handwerksleuten etwas machen

laſſen, und nicht bezahlet, noch auf Erinnern bezahlen wollte,, mithin wenn das Forum contractus dahier gegründet wäre, ſodann 2) „ wenn den Calenbergiſchen Unterſaſſen von der Obrigkeit des Orts, da der Fremde geſeſſen, auf beſchehenes mehrmahliges Anſuchen (welches neben der angegebenen Forderung klärlich zu beſcheinigen) Recht nicht verſchaffet, noch zu ſeiner Befugniß verholfen werden wollte.,, Dieſe Ausnahmen beſtätigen die Regul, daß ein Fremder vor ſeiner Obrigkeit zu belangen ſey, und unter dem Vorwand, daß man ihm nachzulaufen nicht ſchuldig, keinesweges dahier angegriffen werden könne. Vermöge beſagter Ordnung §. 3. 6. 7. iſt es ferner 3) erlaubet, Arreſte zu erkennen, „wenn einer wegfertig oder flüchtig wäre, in ein ander Gericht ziehen, und nicht ſo viel hinter ihm an liegenden oder ſonſt gewiſſen Gütern verlaſſen würde, daß ſich der Kläger daran zu erholen hätte. 4) Wenn es eine Erbſchaft oder andere fahrende Haab belanget, die vermuthlich vom Inhaber verrücket, oder alieniret werden mögte. Desgleichen 5) mag ein Gaſt um ſchuldige Zehrung, und ein Zinsmann, der hinweg ziehen will, um verſeſſenen Zins von einem Hauſe, Hof, Acker, Wieſe oder andern Gütern wohl angehalten, und das Seine bekümmert werden. Endlich 6) verſtattet der Geſetzgeber im §. 8. den Gerichten überhaupt aus rechtmäßigen beweglichen Urſachen, Arreſte zu erkennen.,, Gleichwie aber alle Verordnungen den gemeinen Rechten gemäß zu erklären ſind, ſo wird auch hier immer vorausgeſetzet, daß die Forderung beſcheiniget, und wahrſcheinlich gemachet worden (a), wenn gleich noch nicht erhellet, wie hoch ſie ſich beläufet (b). Iſt aber überall nicht beygebracht, oder unzulänglich beſcheiniget, daß jemand z. E. befugt, eine Erbſchaft in Anſpruch zu nehmen, ſo kann der Richter auf ſein Verlangen dieſelbe keinesweges bekümmern (c), obwohl zu fürchten, daß die ſtreitige Sache ab Händen gebracht werden mögte (d), es wäre denn, daß der Kläger dem Gericht und Arreſtaten hinlängliche Caution beſtellete, wie die Chur-Braunſchweigiſche Ober-Appellationsgerichtsordnung Part. II. Tit. 16. §. 2. alſo verordnet: „Alle diejenige, ſo Arreſte bitten, ſollen deſſen vernünftige und zuläßige Urſachen anzeigen, und ihre Prätenſion, worauf der Arreſt will ausgebracht werden, vorher durch vorzeigende glaubwürdige Urkunde, oder andere Nachrichten beſcheinigen, worüber dann zuförderſt eine ſummariſche Cognition und Erwegung vorgenommen, und nach Geſtalt des Vorbringens und deſſen Beſcheinigung mit Anlegung des Arreſtes verfahren werden ſoll. Wäre dann der Caſus dubios, oder es wären die Narrata nicht genugſam beygebracht, gleichwol den Arreſt abzuſchlagen bedenklich, indem der ſuchende Theil darnach zu dem Seinen nicht, oder doch nicht ohne groſſe Beſchwer- und Weitläuftigkeit gelangen könnte, oder es wäre Periculum

riculum in mora fürhanden, ſo ſoll zwar der Arreſt, aber ehender nicht verhänget werden, es habe denn der Impetrant vorher genugſame Caution das Gericht und den Arreſtaten, dafern der Arreſt unbefugt, ſchadlos zu halten, beſtellet (e). Als demnach der Rüſtmeiſter Fiſcher auf 1200 Rthlr. Mehlbaumſche Hauskaufgelder einen Arreſt ausgewirket hatte, weil ihm von dem Zeugſchreiber Mehlbaum über 247 Gewehre ein Empfangſchein ertheilet worden, mithin er dafür hielte, daß dieſer ſolche bezahlen müſſe, da ſie ſich (wie die Königl. Kriegescanzley behauptet) im Zeughauſe nicht finden, gleichwol aber keine Vermuthung fürhanden war, daß beſagter Zeugſchreiber ſie abhanden gebracht, weil ſolches nicht wohl heimlich geſchehen können, und niemand leicht dergleichen in Menge kaufet, mithin kaum abzuſehen, wie eine Entfremdung möglich geweſen, vielmehr aber glaublich iſt, daß des Mehlbaums Quitung auf Abſchlag gegeben worden, und von den Gewehren qu. keinesweges handelt, die Sache ſich jedoch noch nicht in dem völligen Licht befindet, und wenn die Mehlbaumſche Erben zur Erſetzung verurtheilet werden ſollten, man den Kläger nur mit gedachten Hauskaufsgeldern zu vergnügen wuſte, ſo wurde von der Königl. Hannöverſchen Juſtitzcanzley am 3. May 1759 es zwar bey dem verhängten Arreſt gelaſſen, jedoch unter der Bedingung, dafern der Impetrant genugſame Caution das Gericht und den Arreſtaten ſchadlos zu halten, wenn ſelbiger für unbefugt erkannt würde, binnen 4 Wochen beſtellet. Nimmer aber muß der Richter auf eine ſolche Caution Arreſte erkennen, wenn er ſich überzeuget findet, daß die Forderung keinen Grund hat (f).

(a) LYNCKER Vol. I. Reſp. 147. n. 6. B. v. CRAMER Obſ. 413.

(b) BOEHMER Tom. III. Part. II. Dec. 130. n. 19. LEYSER Spec. 475. Med. 2.

(c) BOEHMER d. l. Dec. 382. n. 22.

(d) PUFENDORF in Proc. civ. Part. V. Cap. 6. Sect. 1. §. 14.

(e) MEVIUS Part. II. Dec. 262. PUFENDORF d. l. §. 13.

(f) MEVIUS Part. VII. Dec. 85. J. S. STRYK de Rejectione ab actis Cap. I. n. 70. 71.

LXXV. Bedenken.

Was im Erbregiſter dem Beſitzer eines Hofes oder Hauſes zugeſchrieben worden, iſt nicht immer für eine untrennbare Zubehörung deſſelben zu halten, wenn nach deſſen Veräuſſerung die darauf haftende Abgiften und Dienſte erfolgen können.

In den mehreſten Erbregiſtern ſind alle diejenige Ländereyen verzeichnet, welche der Bürger und Bauer zur Zeit der Errichtung deſſelben beſeſſen, ohne einen Unterſcheid zu machen, ob ſie dem Guth, als untrennbar, einverleibet worden, oder nicht. Solchenfalls erweiſet dieſe Verzeichniß keinesweges, daß etwas dergeſtalt zum Hauſe oder Hofe gehöret, daß es nicht davon genommen werden könne, als wozu die bloſſe Compoſſeſſion unzulänglich iſt (a), und hat die Königl. Hannöverſche Juſtitzcanzley am 8. May 1759 alſo erkannt. Alsdenn aber iſt eine Incorporation zu vermuthen, wenn der Haushalt nicht füglich geführet werden kann, dafern ein Stück vom Hofe veräuſſert wird, weil man nemlich dem zum Ackerbau erforderlichen Vieh ſodann die Nahrung nicht ferner verſchaffen kann, oder es wegen verkauften Holzes an der Feurung mangelt. Wem das völlige Eigenthum eines Guths zuſtehet, der kann zwar den gefaßten Entſchluß, ſolches auf eine gewiſſe Art zu gebrauchen, willkührlich ändern, wenn es auch zu ſeinem Schaden gereichet. Aber er darf ſich nicht auſſer Stand ſetzen, andern zu leiſten, was er ihnen ſchuldig iſt; daher der Landesherr und Dienſtherr keine ſolche Schwächung der Höfe verſtatten darf, welche den Wirth auſſer Stand ſetzet, die ſchuldige Dienſte zu verrichten. Da die Landesobrigkeit den Mißbrauch des Eigenthums billig verhindert, ſo iſt ſie befugt zu verordnen, daß auch von freyen Höfen die zu deren Erhaltung nöthige Pertinenzien nicht getrennet werden ſollen. S. oben das XXIII. Bedenken.

(a) S. meine Commentation de Jure villicorum Cap. III. §. 11.

LXXVI. Bedenken.

Eheſrauen, die nebſt ihren Männern Schuldverſchreibungen ausgeſtellet haben, ſind nur als Bürgen anzuſehen.

§. 1.

Wenn der Mann und die Frau ei- In der Novella 134. Cap. 8., und der daraus genommenen Authentica Si qua mulier C. ad Sctum Vellejanum iſt verordnet: Si qua mulier crediti inſtrumento

mento conſentiat proprio viro, aut ſcribat, & propriam ſubſtantiam aut ſeipſam obligatam faciat, nullatenus hujusmodi valere aut tenere, ſed ita eſſe ac ſi neque factum quicquam, neque ſcriptum eſſet, niſi manifeſto probetur, quod pecuniæ in propriam ipſius mulieris utilitatem expenſæ ſint. Hieraus wird gefolgert, daß wenn der Ehemann und ſeine Frau zugleich Schuldverſchreibungen ausſtellen, worin beyde bekennen, eine gewiſſe Geldſumme empfangen zu haben, dennoch nur der Mann, als alleiniger Schuldner, und die Frau wie ſein Bürge anzuſehen, mithin dieſe dem Gläubiger überall nicht verbunden ſey, es wäre denn, daß ſie der Authentica Si qua mulier, gebührend entſaget hätte (a). Die Novella ſetzet voraus, daß der Mann das ſämtliche Anlehn erhalten; und die Frau ſich nur mit verſchrieben hat, um ihm Credit zu verſchaffen. Solchenfals leidet kein Zweifel, daß eine wahre Bürgſchaft fürhanden. Daß aber ein Contractus ſimulatus zu vermuthen ſey, wenn die Frau geſtehet, das Geld mit empfangen zu haben, will die Novella nicht; daher denn CARPZOV Part. II. Conſt. 16. Def. 4. dafür hält, quia certo non apparet, totam pecuniam ad maritum perveniſſe, uxorem ſuam ratam ſolvere debere, pro marito autem non tenere. Dieſem pflichtet REMBOWSKI in der unter BOEHMER gehaltenen Diſſertat. de Efficaci mulierum interceſſione Cap. 3. §. 3. Lit. h. pag. 75. bey, quia uxor cenſetur dimidiam partem acquiſiviſſe, ſi ſimul cum marito emit, præſumtio eſt omnia bona fide agi, & tenor inſtrumenti contra ſcribentem probat, nec aliud actum aliud ſimulatum creditur, donec probetur contrarium. Es hat aber 1) mit Kaufbriefen und Schuldverſchreibungen keine gleiche Bewandniß. Jene ſind bündig, und theilen der Frau an der gekauften Sache ein Recht mit, wenn ſie gleich zum Kaufgelde nichts beygetragen, dafern erhellet, daß ihr der Mann ſolches zu Vergeltung ihres wohl geführten Haushalts, oder ſonſt aus Liebe gegönnet hat, und nicht etwa Ehren halber, nach dem alten Gebrauch, ihrer im Kaufbriefe Meldung geſchehen (b), folglich äuſſert ſich keine Vermuthung eines Betruges bey dieſem Geſchäfte. Hingegen ſind Schuldverſchreibungen der Frau unkräftig, wenn ein anderer das Geld empfangen, und gläublich, daß jene vom Mann verleitet worden, ſolche mit zu unterſchreiben.

ne Obligation ausgeſtellet haben, ſo iſt die Letzte nur als Bürge anzuſehen.

Da 2) dasjenige zu vermuthen, ſo gemeiniglich geſchiehet (c), und gemeiniglich zum Gebrauch des Mannes Gelder angeliehen werden, auch an den Orten, wo keine Gemeinſchaft der Güter unter den Eheleuten eingeführet iſt, nicht abzuſehen, zu welchem ſonſtigen Behuf die Frau ſolches aufnehmen wollen, weil ſie weder an des Mannes Gewerbe Theil nimmt, noch die Unterhaltungskoſten der Familie herbeyſchaffen muß, ſo ſcheinet es mir guten Grund zu haben,

ben, wenn man im Zweifel eine Frau, welche ſich als Selbſtſchuldnerin mit verſchrieben, für einen bloſſen Bürgen hält.

Dieſes kann 3) geſchehen, ohne einen ſimulirten Contract vorauszuſetzen. Die Frau hat das Geld ſelbſt mit empfangen, oder durch ihren Ehemann in Empfang nehmen, es aber nachmals dieſen zu ſeinem Nutzen gebrauchen laſſen. Auch ein ſolcher Handel iſt aber unkräftig, und in L. 4. C. ad SCtum Vellejanum klar verſehen, SCtum locum habere, cum alius pecunium accepit (zu ſeinem Behufe) mulier autem ſe ab initio ream conſtituit.

(a) GAIL Lib. 2. Obſ. 89. n. 1. FABER in Cod. Lib. 4. Tit. 21. Def. 20. BRUNNEMANN ad L. fin. ff. ad SCtum Vellejanum n. 18. STRYK U. M. ff. d. Tit. §. 6. BEYER ad ff. d. T. poſ. 26. COCCEJUS Jur. controv. d. T. Qu. 6. BERGER O. J. Lib. 3. Tit. 3. §. 8. not. 5. WERNHER Part. V. Obſ. 46. HERTIUS Vol. II. Reſp. 580. num. 1. BOEHMER Tom. II. Reſp. 576. n. 14.

(b) Herr Ober-Appellationsrath PUFENDORF Part. II. Obſ. 48.

(c) In negotiis, quæ ſunt facti, præſumtionibus, quæ ex factis præcedentibus & juſtis rationibus colliguntur, locus non denegandus, ſed illæ multum valent. BERGER de Diſcrimine bonorum uxoris §. 8. THOMASIUS de Præſumtione allodialitatis §. 38. B. de CRAMER Opuſc. Tom. I.

§. II.

Wenn nicht die Eheleute in Gemeinſchaft der Güter leben.

Zwar vermeynet COCCEJUS Jur. controv. Tit. ad SCtum Vellej. Qu. 6. der Frauen Obligation ſey bündig, wenn ſie das Geld zum Unterhalt der Familie empfangen habe, und er beziehet ſich auf den BERLICH Part. II. Concl. 19. n. 81. 82. Dieſer aber handelt von dem Fall, ubi uxor cum marito habet bona communia, & ad ea conſervanda mutuatur cum marito pecuniam. Alsdenn findet die in der Auth. Si qua mulier enthaltene Exceptio a regula ihre Zueignung, welche der Geſetzgeber ausdrücklich machet, quando pecuniæ in propriam mulieris utilitatem expenſæ ſunt.

LXXVII. Bedenken.

Bejahende Zeugen erweiſen nicht immer mehr, als die verneinende.

In Sachen Wöhler wider die Hannöverſche Stadtcämmerey wollte jener behaupten, es ſey bey der ſub haſta geſchehenen Verpachtung der Cämmerey-

wieſen

wieſen von den Licitanten begehret, daß ein und anders gemachet werden mög-te, um die bisherige Ueberſchwemmungen zu behindern, und daß dieſes der Magiſtrat verſprochen habe. Ein Zeuge bejahete ſolches, und andere verneinten es. Jener ſchiene mehren Glauben zu verdienen, quia plus creditur uni teſti affirmanti, quam mille negantibus. Der bejahende Zeuge war aber 1) zwar nicht mit im Proceß befangen, jedoch ein Pächter der Wieſen qu., und derſelbe äuſſerte, wie er glaube, daß wenn Wöhler gewinne, er ſein bezahltes Pachtgeld auch wieder haben müſte, welches deſſen Zeugniß höchſt verdächtig machte. 2) Iſt ein Teſtis negans ſo glaubwürdig, als der Affirmans, wenn jener eine eben ſo hinlängliche Rationem ſcientiæ anführet, als dieſer (a). Wenn nemlich beyde zu gleicher Zeit an einem Ort geweſen ſind, und man zu glauben Urſach hat, daß ſie mit Aufmerkſamkeit beobachtet, was daſelbſt vorgangen, alsdenn kann der eine ſo zuverläſſig bezeugen, daß etwas nicht geſchehen, als der andere, daß es geſchehen (b), bevorab, wenn von des Erſten eigener Handlung die Frage iſt (c). Allhier war ſie hauptſächlich von dem Facto des verpachtenden Stadtcämmerers, welchen der Kläger als Zeugen abhören laſſen, und der eidlich verneinte, daß die Reparationes vom Magiſtrat verſprochen worden. Die Königl. Hannöverſche Juſtitzcanzley erkandte daher am 18. May 1759, daß Kläger dasjenige, ſo ihm zu erweiſen auferleget, und er ſich angemaſſet, wie Recht, nicht erwieſen.

(a) BOEHMER J. E. P. Lib. 2. Tit. 19. §. 20.

(b) FARINACIUS de Teſtibus Qu. 64. n. 222. LEYSER Spec. 236. Med. 4.

(c) FARINACIUS d. l. n. 239. PACIANUS de Probationibus Lib. I. Cap. 48. n. 3.

LXXVI. I. Bedenken.

Wer ad Juramentum ſuppletorium gelaſſen werden will, muß die angeblich gethane Ausgaben ſpecifice deſigniren.

Ich habe bereits oben in dem XXXV. Bedenken angemerket, daß die Beſtimmung des Quanti einer zu erſetzenden Sache nur alsdenn durch des Klägers Eid geſchehen möge, wenn die Auslagen glaubwürdig ſind. In Sachen Gebertſcher Vormünder wider Hedderich forderte der Pächter eines Wirthshauſes von dem Verpächter, was er bey der feindlichen Invaſion einem franzöſiſchen General und deſſen Bedienten, auch andern Franzoſen gereichet hatte, in folle

Der Unterrichter wieſe ihn an, die Forderungen genauer zu berechnen. Von dieſem Spruch appellirte derſelbe an die Königl. Hannöverſche Juſtitzcanzley. Weil man aber unmöglich beurtheilen kann, ob die Ausgaben glaublich, wenn ſie nicht ſpecifice angezeiget werden, ſo muß ſolches allerdings geſchehen (a), und wurde daher am 19. May 1759 erkandt, daß die Forderungen ſub Nr. 48. 49. 51. 52 und 61. zu beſcheinigen, und zu ſpecificiren ſind.

(a) GARSIAS de Expenſis p. 388. ESCOBAR de Ratiociniis adminiſtratorum Cap. 10. n. 48. 49.

LXXIX. Bedenken.

Ein vormundſchaftliches Inventarium muß durch eine gerichtliche Perſon, oder einen Notarium, mit Zuziehung zweyer Zeugen, verfertiget werden, und wenn kein Betrug zu vermuthen, ſo erſetzet deſſen Mängel des Vormundes eidliche Specification.

Die Schiffiſche Vormünder hatten in der Stadt Hameln ein Inventarium über ihrer Mündlinge Vermögen durch den Cämmereyſchreiber verfertigen laſſen, und es entſtunde die Frage: Ob ſolches zu Recht beſtändig ſey? Nun erfordern zwar die Römiſche Geſetze zu deſſen Gültigkeit nur Præſentiam perſonarum publicarum (a). Diejenige, qui tractabant civitatum rationes, und welche man bey den Römern Tabularios nannte (b), wurden aber den Perſonis publicis beygezählet (c), mithin gewinnet es das Anſehen, daß der Hämelſche Cämmereyſchreiber zur Inventariſation wohl gebrauchet werden können. Weilen dennoch aber in Novellæ 94. epilogo klar verſehen, cum ſubtilitate deſcriptiones fieri debere, præſente quoque clariſſimo ſcriba, *cui de talibus cura commiſſa eſt*, wobey CUJACIUS ad Novell. 94. bemerket, daß die Inventaria verfertiget werden müſſen, in provinciis præſente ſcriba, viro clariſſimo, in urbe, autoritate præfecti urbis, per apparitorem ſcribam, welches auch der L. ult. C. de Magiſtratibus conveniendis beſtärket, mithin nicht alle diejenige, ſo ein öffentliches Amt haben, ſondern die dazu beſtellet und vereidet ſind, Inventaria machen können, als nemlich Actuarii judiciales, auch bey uns Notarii, mit Zuziehung zweyer Zeugen (d), ſo iſt von der Königl. Hannöverſchen Juſtitzcanzley durch die Urtel vom 14. Aug. 1759 das Schiffiſche Inventarium für unzulänglich erkandt, den Nachlaß zu erweiſen.

Wie

Wie iſt aber deſſen Mangel zu erſetzen? Die Schiffiſche Kinder verlangten ad juramentum in litem gelaſſen zu werden, und die Rechte erlauben den Vormündern nicht, ſtatt eines Inventarii ſolennis juratam ſpecificationem zu ediren (e). Man hält dafür, Tutorem, qui non fecit inventarium, id doloſe omiſiſſe (f), daher eine Juriſtenfacultät den Schiffiſchen Kindern erlaubte, in litem zu ſchwören. Die Königl. Hannöverſche Juſtitzcanzley änderte aber dieſes Erkenntniß durch die eben angeführte Urtel, weil das Juramentum in litem nur ſtatt findet, wenn ein Dolus zu vermuthen (g), die ſonſtige Mängel des Inventarii aber der Vormund durch eine eidliche Specification der Verlaſſenſchaft von Stück zu Stück erſetzen mag (h), es jedoch alle Vermuthung eines Betruges ausſchloſſe, daß die Schiffiſche Vormünder auf des Stadtſchulzen Anweiſung ſich des Cämmereyſchreibers bedienet hatten, auch nicht gläublich war, daß ſie den Pupillen dadurch den mindeſten Schaden verurſachen wollen, und wirklich geſchadet haben.

(a) L. 24. C. de Adminiſt. tutorum.

(b) Jac. GOTHOFREDUS ad Cod. Theodoſianum Tom. IV. p. 363.

(c) Simon von LEUWEN ad L. 24. C. de Admin. tutorum. n. 73.

(d) STRUV Ex. 31. §. 36. SCHROER Inſt. tutor. et Curat. Part. II. p. 62. 63. LAUTERBACH C. T. P. Tit. de Adminiſtr. et periculo tutorum §. 10. MANZIUS de Tutelis Tit. 7. Qu. 3. n. 38.

(e) STRYK U. M. ff. tit. de Adminiſtratione et periculo tutorum. §. 16 ESBACH ad Carpzov. Part. II. Conſt. XI. Def. 7. WERNHER Part. IX. Obſ. 87.

(f) RICHTER Part. I. Dec. 13. n. 25.

(g) MOVIUS de Jurata ſpecificatione heredum et aliorum. Cap. 4. §. 10. BOEHMER Tom. III. Part. II. Dec. 480. n. 7.

(h) SCHROER d. l. p. 70.

LXXX. Bedenken.

Ob zu Abfaſſung des Schluſſes eines Collegii, oder einer Gemeinde erfordert wird, daß zwey Drittheile ihrer Mitglieder dabey gegenwärtig geweſen?

Wer in einer Verſammlung, wozu er berufen worden, nicht erſcheinet, der begiebet ſich ſeiner Stimme, und wenn er auch behindert würde, ſie abzugeben, ſo erlangen gleichwohl die übrige Mitglieder das Recht, ohne des Abweſenden Zuziehung einen Schluß zu machen (a). Die Römiſche Geſetze ſchränken jedoch ſolche Befugniß ein. Es heiſſet in Lib. 3. ff. de Decretis ab ordine faciendis: Lege autem municipali cavetur, ut ordo non aliter habeatur, quam duabus partibus adhibitis; und in Lib. 3. ff. quod cujusque univerſitatis etc.: Nulli permittetur nomine civitatis et curiæ experiri, niſi ei, cui Lex permittit, aut lege ceſſante ordo dedit, cum duæ partes adeſſent, aut amplius, quam duæ. Daß weder in den Päbſtlichen noch in den Deutſchen Rechten eine ſolche Verordnung enthalten, räumet Leyser Spec. 673. Med. 5. ein. Er vermeynet aber dieſelbe wären aus den Römiſchen Rechten zu ergänzen, und dieſe beym Reichstage üblich, weil man daſelbſt keinen Schluß abfaſſe, wenn die Stände in gar zu geringer Anzahl erſcheinen. Nun wird zwar bey der Beſtellung eines Syndici erfordert, daß zwey Drittheile der Gemeinde dazu gezogen ſind, nicht aber bey andern Geſchäften, welche zum Schaden des gemeinen Weſens vielfältig unabgethan verblieben, wenn eine geringere Anzahl der Mitglieder keinen Schluß machen könnte. Es bezeuget Mevius ad Jus Lubec. Lib. I. Tit. I. Art. 2. n. 26. 27., hodie in concilio Senatorio more plerarumque civitatum ſufficere ſolere, ſi dimidia aut paulo minor pars Senatorum ſuperſtitum in civitate conveniat, ejusque major pars conſenſerit, cui non parum ſuffragetur communis Doctorum ſententia, non computari illos, qui vel nolunt, vel non poſſunt convenire; und er ſchreibet Part. IV. Dec. 152. Si vel pauci vel unus ſententiam dederit, valebit alias non injuſta, nec impugnata. Quemadmodum enim Collegium conſiſtit, ſi ad paucos vel unum redactum fuerit, ita etiam Collegii juribus atque functionibus utitur, nec tunc tam unus, quam Collegium judicaſſe dicitur. Von den Capituln lehret ein gleiches Tholosanus in Syntagm. Juris univerſi L. 25. Cap. 8. n. 9. alſo: Capitulo legitime congregato per eum, qui illi præeſt, qui venerint & interfuerint, etiamſi majorem non faciant partem totius, ſed longe minorem, poſſunt explicare ea, quæ propoſita ſunt. Abſurdum enim eſt, in numero computare eos, qui vocati noluerunt venire. Die Einführung der

Römi-

Römiſchen Geſetze in Deutſchland erhellet daher keinesweges, daß man aus politiſchen Urſachen, wenn die Collegia gar zu ſchwach ſind, wohl wichtige Sachen verſchiebet, bis ſich mehrere Glieder anfinden. Daß jemahls auf dem Reichstage die Gegenwart zweyer Drittheile der Stände erfordert worden, iſt unerweislich. Nicht ihre Abweſenheit hält die Schlüſſe vielfältig auf, ſondern der Mangel der Inſtructionen (b), weil die Geſandte, bevor ſie ihres Herrn Meynung vernommen, ſolche unmöglich vortragen können, welche einzuholen, ihnen Friſt verſtattet werden muß. Sonſt zweifelt niemand, Voces abſentium reſidere in præſentibus (c).

(a) GROTIUS de J. B. et P. Lib. 2. Cap. 5. §. 20. COCCEJUS ad d. l. p. 629. ENGELBRECHT de Pluralitate Votorum §. 23.

(b) MOSERS teutſches Staatsrecht. Part. 48. Cap. 31. §. 135.

(c) GUDENI Codex diplomaticus Tom. IV. p. 82.

LXXXI. Bedenken.

Eine Subſtitutio iſt pro pupillari nicht zu halten, wenn die Worte des Vaters keine Einſchränkung auf die annos pubertatis des Sohnes ergeben.

Der Berg-Chirurgus Chriſtian Günther hatte ſeinem Sohne Johann Georg Günther 4500 Rthlr. prälegiret, und verordnet, daß wenn ſelbiger ohne eheliche Kinder mit Tode abgehen würde, dieſes Capital ſeinen andern Kindern und Enkeln aus deſſen Nachlaß reſtituiret werden ſollte. Der Sohn ſtarb ohne Kinder, und ſetzte im Teſtament ſeine hinterlaſſene Wittwe zur Erbin ein, welche ſich weigerte, die 4500 Rthlr. herauszugeben, weil die väterliche Verordnung erloſchen ſey, nachdem ihr verſtorbener Ehemann pubes worden. Darüber entſtunde ein Proceß, Richter und Rath zum Clausthal verſchickten die Acten zum Spruch rechtens an eine Juriſtenfacultät, und dieſe legte klagenden Günterſchen Erben den Beweis auf, daß des Teſtatoris Wille geweſen, die Subſtitution auch ultra annos pubertatis zu erſtrecken, weil er unter ſeinen Kindern beſagte Teſtamenti keine Collation wollen Statt finden laſſen, mithin das Prælegatum als eine Compenſation der Ausſteuer anzuſehen ſey, welche die Töchter empfangen, daher es undeutlich wäre, ob die Reſtitution auch in dem Fall geſchehen ſolle, wenn der Legatarius die Annos pubertatis erreiche, maſſen nicht zu vermuthen, daß der die Gleichheit intendirende Vater allein dem Sohn Facultatem teſtandi nehmen wollen. Die Königl. Hannöverſche Juſtitzcanzley, an

welche die Sache per Appellationem gediehen, hat dieſes Erkenntniß am 23. Jul. 1759 geändert, und die Appellantin ſchuldig erkannt, das Capital zuſamt den gehobenen Nutzungen den Appellanten zu bezahlen. Denn nur im Zweifel iſt eine Subſtitutio vielmehr pro directa, als fideicommiſſaria zu halten (a), nicht aber, wenn der Teſtator deutlich verordnet, daß nach ſeines Sohnes Ableben, was er ihm vermachet, einem andern zu Theil werden ſolle, ohne ſolche Verordnung auf deſſen Aetatem pupillarem einzuſchränken (b). Wenn er im gegenwärtigen Fall eine völlige Gleichheit zwiſchen ſeinen Kindern beobachtet wiſſen ſollen, ſo hätte es keines Teſtaments bedurft, noch der Punctus collationis Streitigkeiten veranlaſſen können. Glaublicher iſt, daß derſelbe den Fall, welcher ſich zugetragen, vorher geſehen, daß nemlich ſein gebrechlicher Sohn ohne Kinder verſterben würde, und ſolchenfalls das anſehnliche Prælegatum nicht in fremde Hände wollen kommen laſſen.

(a) Cap. 1. de Teſtamentis in 6to STRYK de Cautelis teſtamentorum Cap. 18. Memb. 1. §. 5. LYNCKER Tom. II. Reſp. 44. n. 5. VOET ad ff. tit. de Vulgari & pupillari ſubſtitutione §. 3.

(b) BOEHMER Tom. II. Reſp. 695. n. 10. LEYSER Spec. 362 Med. 2. p. 369.

LXXXII. Bedenken.

Wie fern ein Pächter und Verpächter die Laſt der Einquartirung übernehmen müſſe, welche der Feind den Einwohnern des Landes auflegets.

Weil der Verpächter, indem er das Pachtgeld empfänget, die Aufkünfte eines Guths genieſſet, ſo muß derſelbe auch die darauf gelegte Laſten tragen, mithin es dem Pächter vergüten, wenn dieſem durch Einquartirungen der Gebrauch des Vermietheten ganz, oder zum Theil entzogen wird (a). Solches hat ſeine Richtigkeit, dafern die Häuſer und Grundſtücke von dem Landesherrn beſchweret worden, welcher, indem er von den liegenden Gründen, und nicht von der Unterthanen anderer Haabſeligkeit gewiſſe Lieferungen und Dienſte fordert, den Eigenthümer ſolche zu leiſten verpflichtet. Dergleichen Laſten ſind gemeiniglich bey Schlieſſung eines Pachtcontracts nicht unbekannt, und das Pachtgeld wird dergeſtalt beſtimmet, daß dieſelbe vom Verpächter abgetragen werden können, wenn ſie der Pächter nicht ausdrücklich übernimt, dagegen aber für den Genuß des Guths ſo vielweniger Pachtgeld entrichtet.

Ganz

Ganz eine andere Bewandniß hat es mit denjenigen, die der Feind vom Lande erpreſſet. Dieſer bekümmert ſich wenig darum, ob der Pächter oder Verpächter leiſte, was er fordert. Es wird gereichet, um die angedrohete Verheerung abzuwenden. Dadurch rettet ſo wohl der Pächter als Verpächter das Seinige. Jener könnte auf den Weigerungsfall am Leibe Schaden nehmen. Er verlöre bey einer Plünderung ſeine Mobilien, und würde auſſer aller Nahrung geſetzet, welches öfter geſchiehet, als Städte angezündet, oder ſonſt Gebäude zu Grunde gerichtet werden. Man kann auch nicht ſagen, daß bey der Behandlung des Pachtgeldes auf einen ſo unerwarteten Fall, das Augenmerk genommen, und dem Verpächter ſo viel ausgelobet worden, daß er ſolche Laſten davon allein tragen könne. Die Billigkeit geſtattet demnach nicht, denſelben zu nöthigen, die Uebel des Krieges mit ſeinem Schaden von des Pächters Perſon und Habſeligkeit abzuwenden, ſondern ihm ſelbſt lieget ſolches ob, und müſſen alſo beyde die Koſten übernehmen, wodurch die Plünderung und Verheerung des Ihrigen abgewendet iſt (b). Dieſes hat auch die Königl. und Chur Hannöverſche Cammer für billig erkand, und daher mittelſt des publicirten Ausſchreibens vom 26. May 1758 Art. 6. folgendes verfüget: „Da durch die Einquartierungen, welche die feindliche Truppen bey den Beamten und Pächtern genommen, kein geringer Aufwand und Schade verurſachet worden, ſo iſt in Anſehung deſſen für billig erachtet, daß in den Fällen, wo dieſe Einquartierungen von nicht gar langer Dauer, und überall von der Beſchaffenheit geweſen, daß der Pächter ſelbige aus dem Gewinnſt, welchen er das Jahr über von der Pacht gehabt, ſtehen können, er ſelbigen aus dem Seinigen ertragen müſſe. Wann aber derſelbe durch die Einquartierung oder andere Calamitäten ſo viel gelitten, daß er das ausgelobte Pachtgeld nicht erübrigen können, ſondern aus dem Seinigen zuſchieſſen müſſen, alsdenn wird einem ſolchen ex æquo & bono ein Theil dieſer Einquartierungskoſten vergütet werden, ob gleich derſelbe ultra dimidiam nicht lädiret ſeyn würde. „Von der Königl. Hannöverſchen Juſtizcanzley iſt vielfältig erkannt, daß ſowohl der Pächter als Verpächter dergleichen Einquartierungskoſten übernehmen müſſe. Welchergeſtalt iſt aber dieſe Laſt zwiſchen ihnen nach der Billigkeit zu vertheilen? Wenn keine Verletzung über die Hälfte fürhanden, und alſo der Verpächter das völlige Pachtgeld empfänget, der Pächter aber groſſen Schaden gelitten hat, ſo kann jener ſich nicht beſchweren, wenn man ihn verurtheilet, nach Proportion der gehobenen Nutzungen, ein mehres zu übernehmen, als der Pächter, und hat die Königl. Hannöverſche Juſtizcanzley in Sachen Matthäi wider die Cämmerey der Stadt Hannover am 24. Aug. 1759 erkannt: „Würde der Pächter beſcheinigen, daß die

einquar=

einquartirte franzöſiſche Soldaten von den andern Einwohnern zu Döhren geſpeiſet worden, und die übergebene Deſignation mittelſt Eides beſtärken, ſo ſind ihm zwey Theile ſolcher Koſten zu vergüten.„ Das dritte Theil übernimt der Pächter billig, weil er nicht begehren kann, ganz frey auszugehen, da ſeine Habſeligkeit durch den Aufwand mit gerettet worden.

(a) Carpzov Part. II. Conſt. 37. Def. 15. Richter Dec. 81. n. 15. Stryk de Tranſitu militum Memb. 2. Sect. 3. n. 17. Memb. 3. Sect. 2. n. 12. Berger in Suppl. E. D. F. Part. II.

(b) Wege de Locatione & Conductione Cap. 10. n. 20. 24. Conf. Hahn ad Weſenbec. tit. de Privilegiis Creditorum.

LXXXIII. Bedenken.

Wegen der dem Feinde gethanen Fuhren und Kornlieferungen gebühret dem Pächter nur ſo fern Remiſſion, als dadurch eine Verletzung über die Hälfte mit veranlaſſet worden.

Wegen der dem Feinde gethanen Lieferungen an Korn und Fourage ſcheinet es gleiche Bewandniß zu haben, als mit den Einquartierungskoſten. Das eben angeführte Ausſchreiben der Königl. und Chur-Hannöverſchen Cammer machet aber davon Art. II. eine ganz andere Verordnung dieſes Inhalts: „Als von einigen Pächtern die durch eigene Pferde behuf der Franzoſen gethanen Kriegerfuhren mit in Rechnung gebracht, und dafür eine Vergütung verlanget worden, ſo dienet zur Nachricht, daß man ſich darauf nicht anders einlaſſen könne, als in ſo weit durch die Verſäumung des Pächtes eigener Arbeit, oder durch gedungene mehre Lohnfuhren, oder durch erforderlich geweſene mehrere Futterungskoſten, und dergleichen eine Læſio ultra dimidiam mit veranlaſſet werden, und daher eine billigmäſſige Erlaſſung Statt findet.„ Der Unterſcheid beſtehet darin, daß der Pächter jene Schäden an ſeinem Eigenthum erlitten. Hätte derſelbe die Fuhren und Fouragelieferungen nicht thun wollen, ſo wären ihm ſeine Pferde und vorräthige Früchte, mithin dasjenige, ſo das Seine, und nicht was des Verpächters war, genommen. Den daran ihm zugefügten Schaden muß er aber allein übernehmen, cum res pereat ſub domino. Die Fuhren fordert der Feind nicht eben von dem Hofe, ſondern von den Eigenthümern der fürhandenen Pferde, er finde dieſelbe wo er wolle, daher ſowohl Kutſch- als Ackerpferde angeſpannet werden müſſen. Weil jedoch aber die

Leiſtung

Leiſtung ſolcher Fuhren und Lieferungen vielfältig etwas dazu beyträget, daß ein gepachtetes Guth nicht recht genutzet werden kann, und alſo eine Verletzung über die Hälfte entſtehet, ſo wird bey deren Beſtimmung dergleichen Schaden billig mit in Rechnung gebracht. Die Römer hielten es für einen Caſum fortuitum, wenn jemand per latronum & hoſtium incurſum Schaden gelitten (a), und zwar mit gröſtem Fug, weil ſolchen kein Privatus veranlaſſet hat, noch behindern kann. Warum ſollte denn der durch die Plagen des Krieges dem Pächter entzogene Genuß des verpachteten Guths nicht ſo wohl einen Nachlaß wirken, als wenn er durch Mißwachs oder Hagelſchlag verurſachet wäre? Iſt aber der Schade erträglich, ſo kann der Pächter keine Vergütung begehren. Als daher der Mühlenmeiſter Matthäi, welcher 1760 Rthlr. Pachtgeld ausgelobet hatte, nur einen Kriegesſchaden von 608 Rthlr. 31 Gr. angabe, und dieſen vom Pachtgelde abgeſetzet wiſſen wollte, erkandte die Hannöverſche Juſtitzcanzley: Daß ihm wegen des durch die feindliche Invaſion verurſachten Abganges der Nutzungen der verpachteten Mühle und des Meyerhofes einige Remiſſion nicht gebühre, da keine Verletzung über die Hälfte des ausgelobten Pachtgeldes erweislich ſey.

(a) Lib. 18. pr. ff. commodati. Lib. 23. ff. de Regulis juris.

LXXXIV. Bedenken.

Die Erſetzung des Schadens, welcher jemanden vom Feinde zugefüget worden, kann er nach den ſtrengen Rechten vom gemeinen Weſen nicht begehren.

Es halten einige Rechtslehrer dafür, daß das vom Feinde Erpreſſete ex natura ſocietatis, demjenigen, der gelitten, vom Lande erſtattet werden müſſe (a). Allerdings ſind auch die Glieder eines Staats verpflichtet, einander wider den gemeinen Feind Hülfe zu leiſten. Aber daraus folget keinesweges, daß wenn der Schade nicht abgewendet werden kann, ihn derjenige erſetzen müſſe, welchem er nicht beyzumeſſen iſt. Wenn gleich der Feind nicht eben dieſen und jenen insbeſondere, ſondern dem ganzen Staat wehe thun wollen, ſo verbindet doch ſeine Abſicht das gemeine Weſen nicht, ſich dieſelbe zur Richtſchnur dienen, und alle Unterthanen das Uebel in gleicher Maſſe empfinden zu laſſen. Es vermeynet zwar GLAFEY, ein Beytrag des erlittenen Schadens müſte deswegen geſchehen, damit 1) dem Publico zum Nachtheil kein brauchbares Glied der Re-

publique durch ſolchen Ruin gar abgehe, und damit 2) der Schade, ſo aus dem Kriege entſtanden, gleich ausgetheilet werde. Allein 1) iſt der Schade nicht immer ſo groß, daß er einen gänzlichen Ruin mit ſich führet, und es dem gemeinen Weſen öfter weniger ſchädlich, daß einige Mitglieder deſſelben verlohren gehen, als daß ſie alle, oder doch gröſtentheils in Armuth gerathen. Mit welcher unerträglichen Schuldenlaſt würde nicht manches Land beladen, wenn jedweden Unterthanen alle Kriegesſchäden aus den gemeinen Caſſen zu vergüten wären? Daß dieſe gleich zu vertheilen ſind, muß man 2) nicht vorausſetzen, ſondern erweiſen. Es laufet auch eine ſolche Schadloshaltung dem Gebrauch aller Völker zuwider, und mir iſt kein Exempel bekannt, daß jemahls, was in einem Lande vom Feinde durch Raub und Plünderungen genommen oder ſonſt erpreſſet iſt, vom Landesherrn unter die ſämtliche Unterthanen vertheilet, und allen denjenigen, ſo Schaden gelitten, ſolcher von ihren Mitbürgern erſetzet wäre (b). Eine andere Bewandniß hat es, wenn einer den Mitbürgern zum Beſten das Seinige aufopfert. Selbigen kömt allerdings der L. Rhodia de jactu zu ſtatten, wie in dem XLV. Bedenken gezeiget iſt, nicht aber denjenigen, welchen das Ihrige mit Gewalt genommen worden. Von dieſen heiſſet es in Lib. 2. §. 3. de Lege Rhodia: Si navis a piratis redemta ſit, Servius, Ofilius, Labeo omnes conferre debere ajunt. Quod vero prædones abſtulerint, eum perdere, cujus fuerint, nec conferendum ei, qui ſuas merces redemerit. Hat immittelſt ein Theil des Landes weniger gelitten, als das andere, und es kann ſeinen Mitbürgern unter die Arme greifen, ohne ſelbſt Mangel zu leiden, ſo halte ich für billig und gemeinnützlich, daß es geſchehe.

(a) Klock de Contributionibus Cap. 17. n. 298. Perez ad C. Tit. de Salgamo hoſpitibus non præbendo n. 6. Brunnemann ad C. d. T. n. 4. Glafey Recht der Vernunft. Lib. 3. Cap. I. §. 53. 54. 55. 56.

(b) Lauterbach de Aequitate & extenſione L. Rhodiæ §. 31. Jcti Tubingenses Tom. III. Conſ. 225. n. 75.

LXXXV. Bedenken.

Ein Vormund iſt ob levem culpam ſeines Amts nicht zu entſetzen.

Es heiſſet zwar in L. 9. C. de Suſpectis tutoribus: Suſpectos tutores ex dolo, non etiam eos, qui ob negligentiam remoti ſunt; infames fieri, manifeſtum eſt, und Wissenbach ad d. L. vermeynet, daß durch die Negligentiam culpa

pa levis verſtanden werde, mithin daß ein ſolcher Vormund ſine infamia, wer aber eines Doli oder der Culpæ latæ überführet wird, cum infamia ſeines Amts zu entſetzen ſey, welches der L. 3. §. 18. ff. de Suſpectis tutoribus alſo zu bestärken ſcheinet: Qui ob ſegnitiem, vel ruſticitatem, inertiam, ſimplicitatem, vel ineptiam remotus ſit, in hac cauſa eſt, ut integra exiſtimatione tutela vel cura abeat. Sed & ſi quis ob fraudem non removebit aliquem, ſed ei adjunxerit, non erit famoſus, quia non eſt tutela abire juſſus. Es hält aber VOET ad ff. Tit. de Suſpectis tutoribus §. 7. dafür, Simplicitatem latæ culpæ velle adſcribere ineptum eſſe; daher nicht nur Peccata commiſſionis, ſondern auch Omiſſionis die Entſetzung wirken (a). Hingegen heiſſet es in Lib. 7. §. 1. ff. de Suſpectis tutoribus: Si fraus non ſit admiſſa, ſed lata negligentiæ, quia iſta prope fraudem accedit, removeri hunc quaſi ſuſpectum oportet. Hier wird ausdrücklich lata negligentia erfordert, und man kann nicht ſagen, Culpam levem prope fraudem accedere (b). Wenn ein Vormund aus Dummheit oder Faulheit ſolche Fehler begehet, welche die Obrigkeit überzeugen, daß ſie ihm nicht länger die Vormundſchaft anvertrauen könne, weil nur die nachläſſigſte Leute ſolche begehen, ſo muß dieſelbe freylich eine Aenderung vornehmen, und der unmündigen Perſonen und Güter in beſſere Hände bringen. Ein einziger Fehler, der guten Haushältern übel anſtehet, hat aber ſolche Wirkung nicht, wie von der Königl. Hannöverſchen Juſtitzcanzley in Sachen der Schiffiſchen Vormünder, wider den Meyerſchen Curatorem Catterbach am 14. Aug. 1759. alſo erkandt worden.

(a) SCHILTER Ex. 37. §. 138.

(b) ECKOLT ad ff. Tit. de Suſpectis tutoribus §. 4. SCHROER Inſtit. tut. & Curat. Part. III. Qu. 3. n. 12. TITIUS ad LAUTERBACH Obſ. 819. 820. Herr Ober-Appellationsrath PUFENDORF de Culpa §. 7.

LXXXVI. Bedenken.

Retorſiones injuriarum ſind in den Chur-Braunſchweigiſchen Landen erlaubet.

Die Römiſche Rechte erlauben niemand, ſich ſelbſt zur Genugthuung zu verhelfen, wenn er richterlicher Hülfe theilhaftig werden kann. Dieſe ſind in den Chur-Braunſchweigiſchen Landen eingeführet, und das Juſtitzreglement von 1718 weiſet die Richter an, „ſich in judicando an die Opiniones Doctorum überall nicht zu kehren, es haben dann ſolche entweder klare Leges und Conſtitu-

 tiones,

tiones, oder auch ſolche triftige Rationes, die ſie mit klaren, aus den Rechten und Legibus genommenen Argumentis behaupten, vor ſich allegiret.„ Man möchte deswegen dafür halten, daß in ſelbigen Retorſiones, als auſſergerichtliche Hülfsmittel, ganz unerlaubet ſind. Denn Verbalinjurien erfordern nimmer eine ſo ſchleunige Genugthuung, daß man ſelbige nicht vom Richter erlangen könnte, der ſie niemanden verſagen darf, wenn er darum angeſprochen wird. Allein das teutſche Herkommen ſchränket die Selbſthülfe nicht ſo enge ein, als die römiſche Geſetze. Jenes verſtattet die dieſen ungemäſſe Pfandungen, das Bauerköhr, und auch die Retorſiones injuriarum. Das letztere bezeugen alle Rechtslehrer einmüthig (a), inſonderheit die Braunſchweig-Lüneburgiſche (b), und mir iſt niemand bekannt, der daran zweifelt. Dieſe Zeugniſſe beſtärken die in den Schriften unſerer, bevorab der neuern Rechtsgelehrten, enthaltene Deciſiones und Reſponſa (c), welches zum Beweis einer Teutſchen Gewohnheit hinreichet (d). Wer ſolches verneinet, der muß auch Beweis führen, wenn er ſich darin gründet, daß Pacta nuda verbindliche Kraft haben, Erbverträge gelten, die Donatio propter nuptias dem Doti nicht gleich ſeyn müſſe, Pfandungen erlaubet ſind ꝛc., welches alles den Römiſchen Rechten zuwider läuft, und dennoch bey uns Rechtens iſt. Von dieſem Jure conſuetudinario handelt das obangeführte Juſtizreglement nicht. Opiniones Doctorum und Teſtimonia Doctorum ſind ſehr unterſchiedene Dinge. Jene will der Geſetzgeber nicht befolget wiſſen, wenn ſie den Geſetzen einen unrechten Verſtand beylegen, indem er verordnet, ut opinio non propter numerum, neque ob autoritatem ſentientium, ſed propter rationum vim atque ſoliditatem recipiatur, wie C. I. C. Engelbrecht in Examine diſtinctionis inter theoriam & praxin ganz recht das Juſtizreglement alſo verſtehet. Die Meynungen und Erkenntniſſe der Rechtsgelehrten machen kein allgemeines Recht, weil ſie nicht befugt ſind, Geſetze zu geben, und indem der Fürſt verſtattet hat, daß eine Erklärung des Geſetzes in den Gerichtshöfen befolget worden, hat er ihre Richtigkeit vorausgeſetzet. Wenn aber derſelbe erlaubet, daß die Richter nach einer von dem geſchriebenen Recht abweichenden Gewohnheit erkennen, ſo will er dieſe als ein Geſetz gelten laſſen, weil ſonſt wider die Landesherrliche Pflichten zugegeben würde, daß die Richter der Unterthanen Rechte kränken. Die hergebrachte Teutſche Gewohnheiten aufzuheben, iſt unſern Geſetzgebern nimmer in den Sinn kommen, zwar ſchreibet Berger O. I. Lib. 3. Tit. 9. §. 17. not. 1. Retorſionem moribus Imperii receptam in territorio Hannoverano tamen vetitam eſſe. Aber von einem ſolchen Verbot weiß hier niemand etwas, und es fehlet an vielen Exempeln des Gebrauchs der Retorſionen nicht.

Sind alſo dieſe bey uns nicht abgeſchaffet, ſo müſſen deren Requiſita keinesweges nach den Römiſchen Rechten beſtimmet werden, wie ENGELBRECHT in Diſſ. de Genuinis deciſionum fontibus in terris Brunſuico-Luneburgicis §. 21. ſehr wohl alſo darthut: Quomodo principia exotica ad expoſitionem jurium domeſticorum afferri poſſunt? Perinde hoc foret, ac ſi ſtatuentium in condendo ſtatuto eandem fuiſſe intentionem aſſereres, quam ante plus quam mille annos Juſtinianus Imperator in promulgandis legibus Romanis habuit; mithin kann man ſich dieſes auſſergerichtlichen Hülfsmittels bedienen, wenn es gleich an der richterlichen Hülfe nicht mangelt.

(a) STRYK U. M. Tit. de Injuriis §. 38. LAUTERBACH C. T. P. d. Tit. §. 60. ECKOLT ad ff. d. T. §. 20. BERGER d. l. JCTI TUBINGENSES Tom. I. Conſ. 23. n. 6. Tom. IV. Conſ. 117. num. 47. THOMASIUS de Actione injuriarum §. 24. LEYSER Spec. 542. Med. 9.

(b) HAHN ad Weſenbec. Tit. de Injuriis n. 18. ENGELBRECHT ad ff. d. Tit. §. 53. PUFENDORF in Proc. crim. Cap. 25. §. 42.

(c) LYNCKER Vol. I. Reſp. 144. num. 51. COCCEJUS Tom. II. Conſ. 355. n. 3. HOMBORG Reſp. 38. n. 6. Reſp. 247. n. 2. 3. HERTIUS Vol. II. Dec. 570. BOEHMER Tom. III. Dec. 807. n. 2.

(d) Meine Nebenſtunden Part. V.

LXXXVII. Bedenken.

Ein Teſtament, worinn die Kinder übergangen ſind, beſtehet nicht als ein Fideicommiß, wenn gleich demſelben die Clauſula codicillaris angehänget worden?

Es iſt in L. 7. ff. de Liberis & poſthumus verſehen: Si Filius, qui in poteſtate eſt, præteritus ſit, & vivo patre decedat, teſtamentum non valet; und in L. 1. ff. de Injuſto, rupto &c.: Teſtamentum aut non jure factum dicitur, ubi ſolennia juris defuerunt, aut nullius eſſe momenti, cum filius, qui fuit in patris poteſtate, præteritus eſt. Von einem ſolchen letzten Willen heiſſet es in L. 13. ff. de Inofficioſo teſtamento: Nec fideicommiſſa ab inteſtato data debentur, quaſi a demente; und in L. 2. de Legatis 3.: Ex filio præterito, licet ſuus heres erit, fideicommiſſum relinqui non poteſt. Dennoch aber halten ſehr viele Rechtslehrer dafür, daß wenn die Clauſula codicillaris dem Teſtament beygefüget worden,

ſolches als ein Fideicommiß beſtehe, folglich daß dem übergangenen Kinde nur der Pflichttheil gebühret (a). Zur Vertheidigung dieſer Lehre wird 1) angeführet, daß ein Unterſcheid inter dementiam veram & præſumtam zu machen ſey, und der Letztern ohngeachtet die Clauſula codicillaris Kraft haben müſſe (b). Allein der L. 13. de Inofficioſo teſtamento handelt überall von keiner Dementia vera, und verordnet nicht, daß eines Dementis fideicommiſſa ab inteſtato relicta ungültig ſeyn ſollen, (als welches ſich von ſelbſt verſtehet) ſondern daß derjenige, welcher ſein Kind im Teſtament übergehet, pro demente zu halten, mithin deſſen letzter Wille nichtig ſey, weswegen dieſer unmöglich als ein Codicill beſtehen kann. 2) Vermeynen einige, das obangeführte Recht ſey durch die Novellam 115. Cap. 3. abgeändert. Es findet ſich aber kein Wort darin, woraus man ſolches, bevorab was die Pflicht der Eltern ihre Kinder nahmentlich zu enterben betrift, mit Grunde ſchlieſſen könnte (c). Welche Meynung den mehreſten Beyfall der Rechtslehrer gefunden, darauf kömt es wenig an. Inzwiſchen billiget ihrer eine groſſe Anzahl diejenige, der ich beypflichte (d), und dieſes geſchahe auch 1727 in Sachen Bünnies wider Klages von dem Stift Hildesheimiſchen Hofgericht meinem Voto gemäß, deſſen Erkenntniß die Duisburgiſche Juriſtenfacultät 1729 beſtätigte.

(a) STRUV Ex. 34. §. 65. ZOESIUS ad ff. Tit. de Jure codicillorum n. 9. STRYCK de Clauſula codicillari n. 80. 81. ZEPPER de Codicillis Cap. 4. n. 65. BERGER O. I. Lib. 2. Tit. 4. §. 36. not. 1. COCCEJUS Tom. II. Reſp. 129. n. 4. WERNHER Part. II. Obſ. 414. JCTI GRYPHISWALDENSES Reſp. 112. num. 11. BOEHMER Tom. II. Reſp. 756. n. 10. 11. REINHARD de Fictionibus juris.

(b) STRYK d. l. n. 83. 84.

(c) VINNIUS Select. quæſt. Lib. 2. Cap. 20. LAUTERBACH C. T. P. Tit. de Inofficioſo teſtamento §. 13. TITIUS ad Lauterbach Obſ. 164. SCHEDEL de Eo quod circa materiam exheredationis & præteritionis Nov. 115. Cap. 3. mutatum eſt Sect. 2. §. 5.

(d) FACHINARUS Controv. Lib. 4. Cap. 11. BARRY de Succeſſionibus Lib. 10. Tit. 16. n. 10. BERLICH Part. III. Concl. 15. n. 59. BRUNNEMANN ad Lib. 13. ff. de Inofficioſo teſtamento n. 5. CARPZOV Part. III. Conſt. 9. Def. 12. WISSENBACH ad ff. Part. I. Diſp. 59. n. 20. SUENDENDOERFFER ad Eckold Tit. de Jure codicillorum §. 12. HEINECCIUS Elem. jur. civ. Lib. 2. Tit. 25. §. 686. Herr B. von SENCKENBERG de Clauſulæ codicillaris in efficacia §. 10.

LXXXVIII. Bedenken.

Ob die im Lehnbriefe übergangene des Succeſſionsrechts verluſtig werden, wenn ſie gleich von dem erſten Erwerber des Lehns abſtammen, oder ihre Vorfahren darin ehemals benennet worden.

§. I.

Die Mitbelehnſchaft wird in den Braunſchweig Lüneburgiſchen Landen zu Beybehaltung des Erbrechts erfordert.

Es entſtund 1681 bey der Hannöverſchen Juſtitzcanzley in Sachen der Fürſtl. Lehncammer wider die von Schade die Frage: Ob die Uebergehung im Lehnbriefe denjenigen, deſſen Vorfahren darin ehemals benennet worden, ſeines Erbrechts verluſtig mache? Der Vicecanzler Hugo erkundigte ſich bey dem Canzler Alexandri, was zu Wolfenbüttel Herkommens ſey? und dieſer antwortete ihm unterm 20. Junii 1681: „Es würden vielmahl in die Lehnbriefe nicht geſetzet, die darin billig geſetzet werden ſollten, und man wiſſe kein Exempel, daß man deswegen den in dem Lehnbrief präterirten Vetter, wenn des Erſten Linie ausgegangen, ſollte verſtoſſen, oder des Lehns priviret haben. Unter den adelichen Lehnen ſey das Exempel Eitel Carl von Weferling, deſſen Eltern und Großeltern die erſte Linie von dem Gut Vahlberg ausgeſchloſſen, und in den Lehnbriefen nicht melden laſſen, daher denn auch nach Abſterben derſelben erſten Linie das Gut Vahlberg dem von Hoim wieder verliehen worden. Es hätte aber gemeldeter von Weferling per ordinarium proceſſum zu Wolfenbüttel und bey dem Kayſerl. Cammergericht erſtritten, daß ihm die von Hoim das Gut Vahlberg cum fructibus perceptis & percipiendis reſtituiren müſſen.„ Hingegen äuſſerte der Celliſche Vicecanzler und nachmahliger Ober-Appellationsgerichtspräſident von Fabrice ſeine Gedanken von der Sache alſo: „Es ſey das Jus ſimultaneæ inveſtituræ hieſiger Lande im Schwange, und daraus folge, daß die non nominati, wenn ſie ſchon von dem primo acquirente herſtammen, pro excluſis zu halten.„ Zu Hannover wurde auch der Streit durch die Urtheile von 1683, 1685 und 1686 für die Lehncammer rechtskräftig entſchieden. Ich halte dafür, daß, vermöge der alten an den mehreſten Orten beybehaltenen teutſchen Lehnrechte, ein abgelegter Vetter der Mitbelehnſchaft ohnumgänglich bedarf, um das Erbrecht an den Lehngütern, die er nicht beſitzet, zu bewahren, und daß dieſe bey ſich begebenden Fällen erneuert werden muß, daß aber 1) die böſe Abſicht oder das Verſehen des Lehnträgers, welcher veranlaſſet, daß ein Mitbelehnter, der nichts davon erfahren, im Lehnbriefe übergangen worden, ſelbigen unnachtheilig, auch es 2) keine Nothwendigkeit ſey, Inveſtituras eventuales, welche auf den künftigen Erledigungsfall gehen, zu erneuren.

§. II.

§. 11.

Weil ſolches ſonſt durch die Theilung der Lehngüter verlohren gehet.

Unſere Mitbelehnſchaft rühret daher, daß wenn bey den Teutſchen die Gemeinſchaft des Eigenthums, welches den Söhnen eines Lehnmannes zuſtunde, durch Theilungen der Lehne aufgehoben wurde, ſie das Erbrecht an den ihren Brüdern abgetretenen Gütern verlohren. In einer Mindiſchen Urkunde von 1304 heiſſet es: Licet autem heredes ſui nihil juris dicuntur habuiſſe, ſecundum jura feudorum, quæ volunt, ut feudum, quod vulgariter Manghot dicitur, poſt diviſionem hereditatis per mortem feudatarii non ad fratres, ſed pocius ad feudi dominum revertatur (a). Die Chronik der von Berlebſch beſtätiget dieſes alſo: „Weil ſie, (die von Berlebſch) ſich vor dieſer Zeit zu ſamt Schild und Helm erblich getheilet, und ſich ganz unbedachtſam die Samtlehne nicht fürbehalten, (denn ſie vielleicht die Gedanken gehabt, weil zu beyden Theilen ſo viel Söhne fürhanden, die würden ſo gar rein nicht alle abgehen) ſo iſt auf dieſen jetzt angezeigten Fall Hanſen von Berlebſch, und ſeiner zwölf Söhne das Haus Berlebſch mit ſeiner Zubehörung und dem Erbcämmeramt nach Inhalt des vorgedachten Reverſalbriefes an den damahligen Landgrafen Hermann von Heſſen gefallen (b).„ Solche Lehnseröfnungen ſuchte man durch beſondere Verträge und Privilegien abzuwenden. Als der Graf von Wernigerode ſein Caſtrum 1268 dem Marggrafen von Brandenburg zu Lehn auftruge, bedunge er, ut ſi quem filiorum noſtrorum a nobis diviſerimus, parte aliqua prædicti feodi aſſignata, & eodem ſine liberis decedente, ad nos ipſius feodum libere revertetur. (c). Herzog Wratislau zu Pommern als Vormund Marggraf Heinrichs, verordnete 1319 im Lande Lebus und Frankfurt folgendes: „Wäre dat enich Ridder oder Knecht ſtörve, ſinen rechten Erf-Namen ſcal man dat Gut liegen mit ſamender Hand ohne gedeilet. Were, dat ſich Kindere, Veddere oder Brüdere ſcheiden von einandern, dat ſe ſünderlick Brod hadden, dat en ſcal de ſammende Hand nicht ſcheiden (d).„ In einigen Kayſerl. Lehnbriefen iſt noch heutiges Tages verſehen, daß die Theilung des Lehns dem Erbrecht unſchädlich ſeyn ſolle. In den Brandenburgiſchen heiſſet es: „Und haben ihnen und ihren Leibeserben auch die beſondere Gnade gethan, daß ihnen die Theilung ihrer Lande und Leute zu keinem Schaden kommen ſolle, ſondern wann und zu welcher Zeit ein Theil von ihnen oder ihren Erben Todeshalben, ohne männliche Leibes Lehnserben, verſterben oder abgehen werden, ſo ſollen deſſelben Theils beſcheidene und zugetheilte Land und Leute, Stand, Ehre und Würdigkeit allezeit auf die andere ihre und ihre Lehnserben, nach laut ihrer Theilungsbriefe fallen und kommen (e).„ Auch in den Anhaltiſchen Lehnbriefen: „Wir thun ihnen auch hiemit die Gnade, ob ihr Vorfordern, Eltern oder ſie, welche Theilung ihrer Herrſchaft

gethan

gethan hätten, oder ihr Nachkommen in künftigen Zeiten thun würden, daß in ſolches an ihren geſamten Lehn unſchädlich ſeyn ſolt ohne männigliche Irrunge, ſondern confirmiren und beſtätigen wir ihn ſolche obgemeldete Theilunge auch wiſſentlich in Kraft dieſes Briefes (f).„ Um das Erbrecht zu bewahren, lieben Brüder und Vettern in der Gemeinſchaft des Eigenthums, und theilten nur die Nutzungen (g). Herr Reinhard ſchreibet in ſeiner *Gemeinſchaft als einen wahren Grund der Erbfolge, und der einzige Grund der Lehnsfolge der Seitenverwandte*, hievon ſehr wohl p. 38. alſo: „Wer das Dominium nur zu einem Theil hat, der ſtehet mit demjenigen in Condominio, der den Reſt des Dominii hat, und da die Mitbelehnſchaft zeiget, daß es bey den Mitbelehnten ſtehet, die Wirkungen des Eigenthums zu verhindern, ſo folget, daß die Simultanea inveſtitura einen Grund haben müſſe, der dem Condominio eben ſo ſehr gleichet, wie ein Tropfen Waſſers dem andern; Und p. 85: „Wer einen andern um ſeinen Willen fragen muß, wenn er der Sache ſich auf eine gewiſſe Art bedienen, oder ſie an einen andern vergeben will, der kann nicht ſagen, daß er das Dominium allein habe. Hat er es aber nicht allein, ſo muß er es nothwendig mit einem andern, und folglich in Gemeinſchaft haben.„ Ferner p. 86: „Das Jus re ſua utendi war der eigentliche Vorwurf der Theilung, und davon blieben noch gewaltige Stücke in durchgehender Gemeinſchaft. Der andere Theil des Dominii aber, nemlich das Jus rem ſuam in alium transferendi wurde ausdrücklich von der Theilung ausgenommen, und bliebe demnach in Gemeinſchaft, und daſſelbe heiſſet dann mit allem Recht ein Condominium, ſo wie auch derjenige Dominus heiſſet, dem eine Sache gehöret, worauf ein anderer den Nießbrauch, den Uſumfructum hat.„ Solcherwegen werden die Mitbelehnte nicht auf den künftigen Erledigungsfall beliehen, ſondern ihnen die Güter gleich jetzt zu Lehn gereichet, und ihrer geſchiehet im Lehnbriefe ſowohl Meldung, als des Beſitzers, mit Beyfügung der Clauſul, daß jedem die geſamte Hand an des andern Theil verbleiben ſolle (h), oder die Belehnung wird pro indiviſo und zum geſamten Lehn (i), oder dergeſtalt ertheilet, daß ein jeder ſeinen Theil, jedoch in geſamter Hand haben, und als geſamter männlicher Lehngüter Recht und Gewohnheit iſt, gebrauchen ſolle (k), oder man belehnet den Lehnträger für ſich und zu Mitbehuf der Mitbelehnten (l), weil dieſe ſo wohl Lehnleute ſind, als jener. Deswegen müſſen ſie bey der Belehnung Vollmachten ausſtellen (m), folglich lieget ihnen auch ob, um die Erneuerung des Lehns anzuſuchen, und ſie machen ſich deſſen verluſtig, wenn ſolches unterbleibet (n).

(a) Herr Hofrath SCHEID in Mantiſſa documentorum von dem hohen und niedern Adel p. 289.

(b) KUCHENBECKER Anal. Haſſiac. Collect. 7. p. 180. 181.

(c) Herr Hofrath SCHEID d. l. p. 269. 270.

(d) GERCKEN Fragmenta Marchica Part. II. p. 42.

(e) LÜNIG Corp. Jur. Feud. Germanici Tom. I. p. 645. 653.

(f) Ibid. p. 844.

(g) Herr B. von SENCKENBERG in Meditat. Faſc. 3. p. 571. F. P. STRUBE Vindiciæ Juris Brunſuicenſis & Lüneburgenſis in Ducatum Saxo-Lauenburgicum §. 19.

(h) LÜNIG d. l. Tom. II. p. 752.

(i) Ibid. p. 755.

(k) Ibid. p. 943. 944. 945.

(l) Ibid. p. 1421. TREVERS Münchhauſiſche Geſchlechtshiſtorie im Anhang p. 115. 159.

(m) Churfürſtl. Braunſchweig = Lüneburgiſche Landesordnungen Cap. 6. pag. 347.

(n) Herr B. von SENCKENBERG de Feudis Brunſuicenſibus & Luneburgici §. 30.

§. III.

Dem Vaſallen iſt es unſchädlich, wenn er ohne ſein Verſchulden im Lehnbrief übergangen worden.

Iſt es aber des Lehnsträgers Bosheit oder Nachläſſigkeit beyzumeſſen, daß ein Agnat im Lehnbriefe übergangen worden, ſo kann man ihn deswegen von der Erbfolge nicht ausſchlieſſen. Jenen lieget ob, die Mitbelehnte der Lehnscurie bekannt zu machen. Dieſe aber werden zu dem Belehnungsgeſchäft nicht gezogen. Sie müſſen zwar ihre Vollmachten ausſtellen. Wiſſen jedoch nicht, welcher Gebrauch davon gemachet wird. In dem obangeführten Weferlingiſchen Fall ſind vermuthlich des Eitel Carls Eltern und Großeltern keine Lehnträger geweſen, und von ihren Vettern um die geſammte Hand gebracht. Die Unwiſſenheit komt den Mitbelehnten billig zu ſtatten (a), und dieſes ſo vielmehr, da die Lehnbriefe in des Lehnträgers Händen bleiben, und den Mitbe-

lehnten

lehnten nicht mit ertheilet werden, dieſe ſich auch billig auf jenes Fleiß und Redlichkeit verlaſſen.

(a) BESOLD Conſ. 269. num. 61. SCHROETER de Curatore feudi th. 20.

§. IV.

Es bedarf aber eine Inveſtitura eventualis der Erneuerung nicht. Denn am Gedinge iſt, vermöge des Sächſiſchen Lehnrechts Cap. 5., keine Folge. Wem auf den Erledigungsfall ein Lehn verliehen wird, der erlanget nicht ſofort, ſondern allererſt wenn die Erledigung erfolget, deſſen Eigenthum (a). So lange ihm ſolches fehlet, zahlet er keine Lehnwaare, und kann den Herrn nicht unterrichten, in welchen Umſtänden ſich ſeine Lehngüter befinden. Er leiſtet auch keine Dienſte, deren eidliche Zuſage von jedem Vaſallen zu erfordern, für nützlich erachtet wird. Es fallen ſolchemnach die Urſachen hinweg, welcherwegen ein wirklicher Lehnmann bey Verluſt ſeines Rechts um die Erneuerung des Lehncontracts anſuchen muß (b). Dieſes Bedenken habe ich auf Erfordern im Jahr 1756 abgefaſſet. Eventualbelehnungen erfordern keine Erneuerung.

(a) Herr B. von CRAMER in den Nebenſtunden Part. IV.

(b) STRYK de Inveſtitura abuſiva Cap. 4. §. 13. WERNHER Part. X. Obſ. 413. J F. WERNHER de Jure ſimultaneæ inveſtituræ non alienabilis §. 2. MOSER vom Gedinge §. 23. KOCH de Expectativa & inveſtitura eventuali Cap. 3. §. 11. G. L. BOEHMER de Indole & natura expectativæ & inveſtituræ feudalis & ejus renovatione Cap. 5. §. 109.

LXXXIX. Bedenken.

Eine ertheilte Anwartſchaft und Eventualbelehnung verhindert den Lehnsherrn nicht, in die Veräuſſerung des Lehns zu willigen, auch es, zum Beſten des Beſitzers, in Erbe zu verwandeln.

Die Longobardiſche Lehnleute waren nicht einerley Meynung, welchergeſtalt die Frage zu entſcheiden ſey: Ob ein Lehnsherr, ohne des Lehnmanns Genehmhaltung, jemanden einiges Recht an deſſen Lehnen mittheilen könne? wie aus folgenden Worten 1. feud. 27. erhellet: Si quis inveſtierit aliquem de feudo ſui militis, viri placentini prorſus aſſerunt, hanc inveſtituram non aliter valere, niſi, eo conſentiente, cujus erat feudum. Mediolanenſes & Cremonenſes

nil diſtare aſſeverant, utrum eo ſciente vel ignorante, dummodo eo, vivente, nullum detrimentum de feudo ſuo ſibi contingat. Hoc autem dicendum eſt de eo milite, qui feudi ſucceſſores non habet. Durch dieſes Detrimentum verſtehen einige gelehrte Männer die Entziehung eines Juris quæſiti, und wollen alſo behaupten, der Lehnsherr könne ſich verbindlich machen, nimmer darin zu willigen, daß ſein Vaſall das Lehn veräuſſere oder verpfände. Solches geſchehe auch durch ertheilte Anwartſchaften, und es laufe Treu und Glauben zuwider, wenn derſelbe das dem Beanwarteten gethane Verſprechen zurück nimt, indem er veranlaſſet, daß die Expectanz nimmer etwas wirken kann (a). Die mehreſte Rechtslehrer halten jedoch eine mit des Lehnsherrn Willen geſchehene Veräuſſerung für zu Recht beſtändig, dergeſtalt, daß ſie der Expectivirte und abuſive Belehnte nicht entkräften möge (b), welchen ich deswegen beypflichten muß, weil der obangeführte Textus juris feudalis nach den Begriffen zu erklären iſt, welche ſich die Feudiſten von den Anwartſchaften machten. Einige ſahen die Verträge über eines noch Lebenden Erbſchaft, mit den Römern, als widerrechtlich an, wenn der Beſitzer nicht darin willigte (c) und wollten daher von keinen Lehnsexpectanzen etwas wiſſen. Auch in Teutſchland war man hievon in den mitlern Zeiten nicht gleicher Meynung (d). Daß, nachdem die Lehne erblich worden, durch keine Inveſtitur des Vaſallen erworbenes Recht geſchmälert werden dürfe, daran konnte mit Vernunft niemand zweifeln. Man wendete aber wider die Eventualbelehnungen ein, daß ſie dem Beſitzer des Lehns auf mancherley Weiſe beſchwerlich fielen, wenn er gleich in dem völligen Beſitz und Genuß des Seinigen verbleibe. Um dieſe Schwierigkeit zu heben, wurde eingeräumet, daß nicht zu verſtatten ſey, ut per inveſtituram ullum detrimentum contingat poſſeſſori. Ein Detrimentum nennet man alles, quod eſt contrarium emolumento, wie in Fabri Theſauro angemerket wird. Das Wort iſt alſo auch vom Lucro ceſſante zu verſtehen. Wer kann aber zweifeln, daß es dem Lehnmann Nachtheil bringet, wenn er zu einer Veräuſſerung oder Verpfändung des Lehns nicht nur ſeines Lehnsherrn, ſondern auch des abuſive inveſtiti Conſens ausbringen muß, welcher entweder gar nicht, oder nur mit ſchwerem Gelde zu erlangen? Verbiethen nun alſo die Rechte dem Lehnherrn ein dem Lehnmann nachtheiliges Verſprechen jemanden zu thun, ſo iſt auch nicht zu vermuthen, daß ſolches geſchehen, ſondern es klebet dem Expectanzen und Inveſtituris abuſivis jedesmahl die Bedingung ſtillſchweigend an: dafern der Lehnmann den Lehnsherren nicht bewegen wird, zu ſeinem Beſten eine andere Verordnung vom Lehn zu machen. Geſetzt aber auch, jener hätte des Rechts, in eine Veräuſſerung zu willigen, ſich begeben können und wollen, ſo entkräftete dennoch

ſolches

ſolches das Geſchäfte nicht, wenn er wider ſein gegebenes Wort den Käufer des Guths damit beliehen, oder es in Erbe verwandelt hätte, quia ſicut per pacta dominia non transferuntur, ita nec eorum translatio impeditur (e). Zwar findet die Actio doli wider denjenigen Platz, der wiſſentlich an ſich bringet, was einem andern gehöret. Man kann aber nicht ſagen, daß einer doloſe handelt, wenn er mit ſo vielen Rechtslehrern dafür hält, es könne ein Lehn, der darauf ertheilten Anwartſchaft ohngeachtet, veräuſſert, und in Erbe verwandelt werden.

(a) Dn. Referens Cameralis beym H. B. von CRAMER Opuſc. Tom. III. Herr MOSER im Reichshofrathsproceß Part. III. Cap. 2. §. 51. Herr KOCH de Expectativis & inveſtitura eventuali Cap. 3. §. 15.

(b) BORN de Expectativis Cap. 9. §. 2. STRYK de Inveſtitura abuſiva Cap. 4. §. 24. HORN Jurisprud. feud. Cap. 12. §. 12. LYNCKER Dec. 427. LEYSER de Iniquitate & recto uſu expectantiarum §. 51. HILLIGER de Neceſſitate conſenſus Vaſalli in expectantiam a feudi domino concedendam §. 32. Herr B. von SENCKENBERG Jur. feud. §. 222. Herr G. L. BOEHMER de Inveſtiturae ſimultaneae eventualis renovatione Cap. 1. §. 33. Herr HOFMANN de Appropriatione feudorum §. 14.

(c) BOEHMER J. E. P. Lib. 3. Tit. 20. §. 50.

(d) SCHILTER ad I. F. A. Cap. 19. §. 5. 7.

(e) LUDOLF Symph. Vol. I. Conſ. 9. p. 264. STRYK de Succeſſione ab inteſtato Diſſ. 7. Cap. I. §. 7. BERGER O. I. Lib. 2. Tit. 5. §. 11. not. 2. WERNHER Tom. III. Part. II. Obſ. 275. HERTIUS de Pacto, ne dominus rem ſuam alienet. §. 22. BOEHMER de Efficacia pactorum illuſtrium contra tertium §. 20.

XC. Bedenken.

Ein Dieb, der das Geſtohlne freywillig zurück giebet, wird mit der Todesſtrafe verſchonet, auch alsdann wenn zwar gläublich, aber beſonderer Umſtände halber nicht erweislich iſt, daß es ohne allen Zwang geſchehen.

Eine Dienſtmagd entwendete ihrem Herrn Sachen von beträchtlichem Werth, gienge damit aus der Stadt, zu unbekandten auf einem Garten wohnen-

den Leuten, gab ſich für eine reiſende Perſon aus, und begehrte jemand, der ſie auf den Weg nach Peine brächte. Dieſen ſollte ihr ein Knabe von 14 Jahren zeigen. Nicht lange nachher kam ſie aber mit demſelben und einem Bedienten in eben dieſes Gartenhaus zurück, ſagte, daß ihr der verübte Diebſtahl gereuet, und ſie einen Menſchen geſuchet hätte, der die geſtohlne Sachen ihrem Herrn wieder lieferte, weil ſie aus Furcht für Schlägen, es ſelber nicht thun möge. Dieſelbe wurde zur Haft gezogen, und zu ihrer Vertheidigung angeführet, daß die Erſetzung des Geſtohlnen freywillig geſchehen ſey. Nun mildert ſolcher Umſtand allerdings die Strafe (a), auch bey Hausdiebſtählen. In der Chur-Sächſiſchen Conſtitution von 1719. iſt ausdrücklich verſehen, „daß wenn bey denſelben der oder die, ſo den Diebſtahl begangen von ſelbſt, ehe die Inquiſition angefangen, pönitiret, und das Furtum reſtituiret, alsdenn die Todesſtrafe nicht Platz haben ſolle.„ Die Chur-Braunſchweigiſche Conſtitution von Hausdieben, wird auch billig eben alſo verſtanden (b). Das Principium juris hatte alſo ſeine Richtigkeit. Es war aber die vorgeſchützte freywillige Zurückgabe nicht hinlänglich erwieſen, noch erweislich, weil niemand ſolche wiſſen konnte, als der Bediente und der Knabe, mit welchen die Inquiſitin zurück kommen. Jener hatte ſich, bevor man ihn vernehmen können, an einen andern Ort begeben, woſelbſt er bald darauf verſtorben war. Der Knabe wuſte nicht einmahl zu ſagen: Ob die Inquiſitin beſagten Menſchen geſehen, ehe ſie umgekehret, oder nicht, noch daß dieſelbe von ihm genöthiget worden, den Rückweg zu nehmen. Weil jedoch dieſes ohnmöglich in ſolcher Stille geſchehen können, daß nicht mehr Leute, beſonders aber der Knabe es bemerket hätte, auch der Bediente von der Inquiſitin zu denen ihm ſonſt unbekandten Gartenleuten geführet worden, welche ihr den Wegweiſer mitgegeben, woſelbſt ſie die geſtohlne Sachen abgeliefert, und dann dieſes nicht wohl aus Zwang geſchehen ſeyn kann, mithin ihr Vorgeben wahrſcheinlich war, ſo iſt 1759 dafür gehalten, daß in ſolchem Fall keine Todesſtrafe Platz finde, ſondern, daß, wenn erhebliche Anſchein habende Entſchuldigungen des Inquiſiten, beſonderer Zufälle halber, nicht klar gemachet werden können, ſelbige in eine Verdammung auf Lebenszeit in das Zuchthaus zu verwandeln ſey, welches auch von der Königl. Landesregierung genehmiget worden.

(a) KRESS ad C. C. Art. 178. d 6. BEUCHEL de Fure poenitente §. 19. HOMMEL de Mitiganda furti poena ob reſtitutionem rei ablatæ §. 17.

(b) Herr AYRER de Furti domeſtici pœna §. 16. p. 83.

XCI. Bedenken.

Wenn der Schuldner auſſer Landes wohnet, ſo kömt den Bürgen das Beneficium excuſſionis nicht zu ſtatten.

In der Novella 4. Cap. I. iſt von dem Beneficio excuſſionis verſehen: Si interceſſor aut mandator, aut qui ſponſioni ſe ſubjecerit, adſit, principalem vero abeſſe contigerit, acerbum eſt, creditorem mittere alio, cum poſſit mox interceſſorem, aut mandatorem, aut ſponſorem exigere; und in der Auth. præſente C. de Fidejuſſoribus: Præſente tamen utroque non permittitur interceſſorem conveniri, priusquam reus inventus eſt minus idoneus, ſive in totum, ſive in partem. Abſente autem reo, præſens interceſſor jure quidem convenitur: Ipſo tamen deſiderante, judex definiet tempus, intra quod deducat reum primo conveniendum, ipſo in ſubſidium reſervando. Nam tranſacto tempore compellitur interceſſor ſatisfacere, ceſſis ſibi a creditore actionibus, absque diſtinctione contractus ſive interceſſionis. Weil demnach eines Schuldners Vermögen im Stift Hildesheim, und er daſelbſt wohnhaft war, ſo wollte ſich der Gläubiger an ſelbigen nicht verweiſen laſſen, ſondern von dem im Hannöverſchen befindlichen Bürgen bezahlet ſeyn. Dieſer aber gründete ſich in der Lehre derjenigen, welche wollen, daß dem Bürgen das Beneficium excuſſionis angedeihen müſſe, wenn der Schuldner ſich in keinem ſehr entfernten Lande, ſondern in der Nachbarſchaft, obwol in einem fremden Territorio befindet (a). Allein ich kann nicht ſagen, daß der gegenwärtig iſt, welcher auſſer Landes wohnet. Wenn von einer Verjährung gefraget wird, ſo hält man denjenigen für abweſend, der ſich in einer andern Provinz befindet (b), in Gerichten aber, illum, qui extra continentia urbis eſt, & non eo loci, in quo petitur (c). Ob das Land dem unſrigen näher oder entfernter lieget, thut wenig zur Sache. Man muß doch durch fremde und vielfältig unbekannte Leute an einem und andern Ort den Rechtshandel ausmachen. Es fällt ſowohl beſchwerlich, ſolches in Hildesheim als in München zu thun. Der Geſetzgeber findet hart zu ſeyn, daß der Gläubiger dem abweſenden Schuldner nachzulaufen genöthiget werde, da er von dem Bürgen das Seinige ohne ſolche Weitläuftigkeit erlangen kann (d). Nicht nur die Entfernung, ſondern auch andere Umſtände machen es öfters ſchwer, den Schuldner zur Zahlung zu nöthigen, als nemlich wenn wegen ſeiner Macht nicht leicht ein Erkenntniß wider ihn vollſtrecket werden kann (e), oder auch ſolches nur durch einen langwierigen und koſtbarern Proceß geſchehen mag, als wider den Bürgen. Dieſer letztere Fall war allhier auch fürhanden. Denn man beſorgte billig, es würde der

Schuldner,

Schuldner, wenn ihn ſein Gläubiger zu Hildesheim verklagte, die Sache an eines der höchſten Reichsgerichte bringen, von welchen, weil ſie mit Arbeit ſehr überhäufet ſind, keine ſo baldige Entſcheidung zu erwarten iſt, als von den Chur-Braunſchweigiſchen Gerichten.

(a) HERING de Fidejuſſoribus Cap. 27. Part. I. n. 261. LAUTERBACH de Beneficio excuſſionis §. 39.

(b) L. ult. C. de Præſcriptione long. temp.

(c) L. 173. 199. de Verborum ſignificationibus. GOEDDEUS de Verborum ſignificationibus ad dictas L. L. Conf. L. 5. 6. 7. de Procuratoribus.

(d) FABER ad Cod. Lib. 8. Tit. 24. Def. 23. STRYK de Beneficio excuſſionis Cap. 3. n. 40. VOET ad ff. Tit. de Fidejuſſoribus §. 15. GUNDLING de Beneficio excuſſionis Cap. 5. §. 13.

(e) RICHTER ad Authenticas Lib. 8. Tit. 41. p. 365. HUBER ad ff. Tit. de Fidejuſſoribus §. 6.

XCII. Bedenken.

Was einer bey Kriegeszeiten zur Vertheidigung des Landes hergegeben, muß daſſelbe, und nicht der Landesherr erſetzen.

Als im Jahr 1759 eine Belagerung der Stadt Hameln erwartet wurde, ließ ſe der Commandant ein beladenes Schiff, welches die Feſtung auf der Weſer vorbeyfahren wollte, vom 20. Junii, bis den 20. Auguſt daſelbſt anhalten, weil er vermuthete, es würde die Garniſon der darauf befindlichen Waaren bedürfen. Die Erſetzung des ihm hieraus entſtandenen Schadens forderte der Schiffer von Königl. Kriegescanzley, und belangte ſie deswegen gerichtlich. Was bey dergleichen Kriegesläuften jemand hergiebet, und zum gemeinen Beſten aufopfert, wird ihm auch billig vergütet (a). Aber dieſe Vergütung 1) lieget nicht dem Landesherrn, ſondern dem Lande ob, deſſen Beſtes der erlittene Schade befördert hat (b). Aus der Kriegescaſſe müſſen, mit denen von den Ständen verwilligten Geldern, die ordentliche Kriegeslaſten ertragen werden, als welchen ſie proportioniret ſind. Nicht aber alle auſſerordentliche Ausgaben, die der Krieg veranlaſſet, kann man daraus fordern. Dieſe haben die Unterthanen herbey zu ſchaffen, ſo fern es möglich iſt.

Was man 2) zur Erhaltung einer Veſtung verwendet, gereichet vielfältig nicht nur den Einwohnern derſelben, noch auch dem herum gelegenen Lande, ſondern mehren Ländern eines Herrn zum augenſcheinlichen Beſten, indem dadurch der feindliche Einfall von ſelbigen abgewendet wird, und ſolchenfalls müſſen ſie alle zur Schadloshaltung einen Beytrag thun. Die Königl. Hannöverſche Juſtitzcanzley erkandte daher 1760 in Sachen Willmer wider die Königl. Kriegescanzley, daß wenn gleich die Sache ſich alſo verhalte, wie der Kläger angiebet, dennoch ſeine Klage wider Königl. Kriegescanzley keinen Platz finde, als welche den bey gegenwärtigem Kriege zum Beſten der Königl. Lande erlittenen Schaden keinesweges zu erſetzen ſchuldig, wenn er gleich vergütet werden müßte.„

Es mag aber auch 3) derjenige, welcher ihn erlitten, nicht ſo fort auf die Vergütung dringen, ſondern dieſelbe gebühret ihm nur, wenn ſie erfolgen kann. Es lehret GROTIUS de I. B. & P. Lib. 2. C. 14. §. 7. compenſationem fieri debere ex communi, *ſi fieri poteſt*; und HUBER de Jure Civitatis Lib. I. Sect. 3. C. 6. §. 44. Injuria non fit civibus, quando res ſuas non modo vendere, ſed & ſine pretio quandoque cedere coguntur, ſic tamen ut reſpublica, *cumprimum poterit*, ad reſtituendum teneantur; imgleichen BYNCKERSHOECK in Quæſtionibus Juris publici Lib. 2. C. 15. pag. 299.: De damno per aquam immiſſam dato non fruſtra metuit (conſultor) quod ne tantum quidem Ordinum fuerit in loculis, unde aquæ illud damnum reſarcirent. Wenn es daran mangelt, ſo muß ein Unterthan nicht weniger die Kriegesſchäden verſchmerzen, welche demſelben die Freunde verurſachen, als die ihm vom Feinde zugefüget ſind. BYNCKERSHOECK thut d. l. hinzu: Damnum belli vulgare, ut ſi placuerit ibi potius, quam alibi cum hoſte confligere, caſtra metari, & quæ ſunt id genus alia, oportet, ut omnes ſubditi æque animo ferant, nec ejus ulla unquam ſit reſtitutio. Wenn ſie geſchehen könnte, ſo abſehe ich nicht, warum ein ſolcher Schade weniger zu erſetzen ſey, als derjenige, den die Einwohner einer Vorſtadt leiden, welche man wegbrennen laſſen, um die Stadt beſſer vertheidigen zu können. Allein wenn in einem Lande Krieg geführet wird, ſo geſchiehet gemeiniglich eine ſolche Verheerung, daß es nicht möglich iſt, diejenige, welche ſie betroffen, ſchadlos zu halten, und alsdenn iſt dieſe wie ein Caſus fortuitus anzuſehen.

(a) SANDE Lib. 5. Tit. 7. Def. 3. ZIEGLER de Juribus majeſtaticis Lib. I. C. 4. §. 14. 15. COCCEJUS ad Grotium de J. B. & P. Lib. 2. C. 14. §. 7. lit. f. HERTIUS de Colliſione Legum Sect. 2. §. 27. BYNCKERSHOECK

HOECK d. l. p. 292. 296. 298. GLAFEY im Recht der Vernunft Lib. 3. C. 1. §. 55. JUSTI Natur der Staaten.

(b) HERTIUS d. l. §. 26.

XCIII. Bedenken.

Vom Juramento Zenoniano.

Wem durch eines andern Gewaltthätigkeit an dem Seinigen Schade zugefüget worden, dem iſt derſelbe nach ſeiner eidlichen Taxation zu erſetzen, zu ſolchem Eide aber niemand zu laſſen, dem es an Beweis des gethanen Verluſtes nicht fehlet, maſſen jener Modus probationis nur ſubſidiarius iſt (a). Es muß ferner der Richter das zu beſchwörende Quantum nach Befinden mäſſigen und beſtimmen, jedoch nicht willkührlich, ſondern nachdem er, ſo viel möglich, Unterricht von dem erlittenen Schaden eingezogen, und ſolchen durch den Augenſchein, durch Achtsleute, oder ſonſt in Erfahrung zu bringen geſuchet hat (b). Die Königl. Hannöverſche Juſtizcanzley erforderte daher am 7. Sept. 1759 in Sachen Scheele wider die Gemeinde Reinhauſen vom Kläger, daß er den Werth der gepfändeten und verkauften Schweine, auch den durch Entziehung der Maſt, und ſonſt ihm verurſachten Schaden beſcheinigen ſolle.

(a) SETSER de Juramentis Lib. 5. Cap. 5. n. 58. LYNCKER Reſol. 668. HORN de Juramento Zenoniano §. 35. LEYSER Spec. 146. Med. 5.

(b) NÆVIUS de Juramentis Part. III. Cap. 5. §. 3. LEYSER d. l. Med. 3.

XCIV. Bedenken.

Vom ſtillſchweigenden Geſtändniß.

Wer dem ihm nachtheiligen im Gericht vorgebrachten Angeben ſeines Gegners nicht widerſpricht, von dem vermuthet man, daß er es eingeſtehe (a). Solcher Widerſpruch unterbleibet jedoch vielfältig aus Nachläſſigkeit des Schriftſtellers, oder weil er den Umſtand als unerheblich, und keiner Antwort würdig angeſehen hat. Deswegen iſt in der Chur-Braunſchweigiſchen Ober-Appellations-Gerichtsordnung Part. II. Tit. 12. §. 10. einer ſolchen Confeſſioni tacitæ die rechtliche Kraft folgendergeſtalt genommen: „Wäre es auch, daß ein oder anderer Punkt, welchen unſer Gericht doch von Conſequenz und ad deciſionem

cauſæ

cauſæ was beyzutragen fünde, von der Parthey oder deren Advocaten übergangen, und nicht beantwortet worden, ſoll ſolcher nicht ſogleich vor zugeſtanden gehalten, ſondern der Parthey auf ſolchen erſt zu antworten auferleget, dabey aber der Schriftſteller, daß er dasjenige nicht ehe bewerkſtelliget, geſtrafet werden.„ Die Königl. Hannöverſche Juſtitzcanzley wieſe daher in Sachen von Rhoden wider von Rhoden am 2. Nov. 1759 den Beklagten an, „ſich deutlich zu erklären, ob er nach des Klägers Vaters Tode deſſen Briefſchaften in die Hände bekommen, und welchen Gebrauch er davon gemacht habe.„ Wenn es zweifelhaft, warum ein Einwurf unbeantwortet geblieben, ſo ſiehet man zwar das Stillſchweigen als ein Geſtändniß an. Behält aber der Parthey die Nothdurft dawider vor. Deswegen wurde in eben der Sache erkandt, „daß des Klägers Reſtitutionsgeſuch keine Statt finde, ſondern Beklagter bey dem Beſitz und Genuß des quäſtionirten Bennigſer Zehendens zu manuteniren ſey, es hätte denn Kläger wider das num. act. 18. befindliche Document, woraus erhellet, daß Heinrich Guſtav von Rhoden, zur Zeit des am 25. May 1747 ausgeſtellten Verſicherungsſcheins, bereits Veniam ætatis gehabt, etwas Erhebliches einzuwenden.„ Kann jedoch an der Erheblichkeit des Umſtandes ohnmöglich gezweifelt werden, der eine Theil bemerket des andern Stillſchweigen, und acceptiret daſſelbe gerichtlich, dieſer aber läſſet es dennoch dabey bewenden, ſo mag der Richter keine andere Vermuthung faſſen, als daß das Angeben ſeine Richtigkeit habe, und nicht aus Verſehen unbeantwortet geblieben, daher die Königl. Hannöverſche Juſtitzcanzley in Sachen Weſſem wider Koch am 10. Jun. 1758 erkandt hat, „daß weil Beklagter der Kläger Angeben, daß derſelbe am 10. Decemb. 1751, und alſo 11 Monath nach der Zeit, da er die Zahlung des Schuldpoſten qu. an Graßmeyer gethan haben will, von ihnen einige Erlaſſung begehret, nicht widerſprochen, und alſo die Num. act. 10. befindliche ältere Graßmeyerſche Quitung von der Schuld qu. ohnmöglich handeln könne, ſo ſey die Exceptio ſolutionis keinesweges dergeſtalt, wie es der executiviſche Proceß erfordert, dargethan, ſondern Beklagter damit ad ſeparatum zu verweiſen.„

(a) MEVIUS Part. II. Dec. 248. n. 7. LAUTERBACH de Confeſſione th. 58. Meine Vindiciæ Juris venandi Nobilitatis Germanicæ C. I. §. 24. Lit. b.

XCV. Bedenken.

Ob der Pächter einen Nachlaß begehren könne, wenn die Früchte nachdem ſie abgemähet worden, durch einen Unglücksfall verlohren gehen?

Der Eigenthümer muß den Schaden allein ertragen, wenn das Seinige durch Unglücksfälle vermindert wird. Abgeſchnittene Früchte gehören aber demjenigen, der ſie abſchneiden laſſen. In den Lib. 78. ff. de Reivindicatione iſt verſehen: Si ejus fundi, quem poſſideres, fructum non cœgiſti, nihil ejus fundi fructuum nomine te dare oportet. Paulus: Immo quæritur, hujus fructus idcirco factus eſt, quod is eum ſuo nomine perceperit. Perceptionem fructuum accipere debemus, non ſi perfecte collecti, ſed etiam coepti ita percipi, ut terra continere ſe fructus deſierint, veluti ſi olivæ uvæ lectæ, nondum autem vinum, oleum ab aliquo factum ſit: ſtatim enim ipſe accepiſſe fructum æſtimandus eſt. Deswegen verſagen viele dem Pächter Nachlaß, wenn z. E. das abgemähete Getraide durch eine Waſſerfluth verdorben wird (a), und noch vielmehr, wenn es in der Scheuer im Feuer aufgehet, oder der Feind ſolches wegnimmt (b). Der L. 78. handelt aber von keinem Pächter, ſondern von einem Bonæ fidei poſſeſſore der fremdes Guth beſeſſen und genutzet hat, es aber zurück zu geben verurtheilet iſt. Labeo hielte dafür, daß ihm die Früchte bleiben müſten, welche noch nicht ausgedroſchen und dergeſtalt zubereitet ſind, daß ſie nützlich gebrauchet werden können. Hingegen erkandte Paulus denſelben für ſchuldig, auch die nur abgeſchnittene herauszugeben, weil alle Fructus extantes dem wahren Eigenthümer gebühren (c). Hier iſt alſo überall von demjenigen, ſo durch Unglücksfälle verlohren gangen, die Rede nicht, und vielmehr die gegenwärtige Frage aus dem Weſen des Geſchäftes zu entſcheiden. Ich zweifle nicht, daß die Separatio a ſolo den Pächter zum Eigenthümer der Früchte machet, wohl aber daß ſelbiger die für den wirklichen Genuß zu erlegende Pachtgelder ohne Nachlaß zu bezahlen verſprochen, wenn er deren Eigenthum, nicht aber das Vermögen erlanget, ſie in ſeinem Nutzen zu verwenden. Es iſt der Billigkeit gemäß, und daher zu vermuthen, daß ſolches unter der Bedingung geſchehen, wenn die Früchte genutzet werden können (d). Dieſe Meynung hat die Königl. Chur-Braunſchweigiſche Cammer in dem obangeführten Patent Art. 5. alſo gebilliget: „Die von den Feinden aus der Scheure weggenommene Früchte anlangend, ſo will man zu Soulagirung der Pächter geſchehen laſſen, daß ſelbige bey Specificirung des erlittenen Schadens mit zur Ausrechnung gebracht werden, und auf den Fall, daß der Pächter nicht die Hälfte des ausgelobten Locarii genoſſen haben ſollte,

eine

eine Erlaſſung nach den gewöhnlichen Principiis Statt finden laſſen. Es verſtehet ſich aber dabey von ſelbſt, daß hierunter keine andere, als die Früchte von der letzten Erndte gemeynet ſeyn können, daher, und wenn jemand dergleichen von langen Jahren geſammlet hätte, und ihm ſelbige von den feindlichen Truppen genommen ſeyn ſollten, er nicht befugt iſt, dieſerwegen etwas in Rechnung zu bringen„ Von der Königl. Hannöverſchen Juſtitzcanzley iſt auch vielfältig erkandt, daß wegen des Fouragirens aus den Scheuren den Meyerleuten und Pächtern Remiſſion angedeihen müſſe, und in Sachen H. wider W. geſchahe ein gleiches wegen der Ueberſchwemmung des abgemäheten Graſes.

(a) WERNHER Part. VI. Obſ. 414.

(b) PANTSCHMANN Qu. 5. n. 16. BOEHMER Tom. III. Part. II. Reſp. 322. n. 6. 7. 8.

(c) CUJACIUS Lib. XI. Obſ. 39.

(d) MEVIUS Reſol. in cauſis proprietariorum & penſionariorum. p. 24. BERGER O. I. Lib. 3. Tit. 5. § 23. not. 5. WEGE de Locatione & conductione Cap. 8. n. 105. LEYSER Quousque colono ob damnum in fructibus jam perceptis paſſo merces remittenda per tot.

XCVI. Bedenken.

Wenn im Kauf- oder Pachtcontract eine gewiſſe Morgenzahl benannt iſt, ſo muß, dafern ſich mehr findet, das Kauf- und Pachtgeld erhöhet, und hingegen ſolches vermindert werden, wenn weniger fürhanden.

Verſchiedene Rechtslehrer wollen behaupten, daß wenn gleich im Contract eine gewiſſe Morgenzahl ausgedrücket iſt, dieſe dennoch von dem Verkäufer und Verpächter nicht angewieſen, und der Abgang von ihnen, oder das zu viel Gelieferte vom Käufer und Pächter vergütet werden müſſe, es wäre denn ausdrücklich der Preis eines jeden Morgens beſtimmet, maſſen ſonſt dafür zu halten, daß über Bauſch und Bogen gehandelt ſey (a). Man vermuthet auch ſolches alsdenn, wenn erſt des ganzen Guths Meldung geſchehen, und nachmahls was dazu gehöret, angeführet wird, weil dieſes die Contrahenten nur erzählungsweiſe gethan haben ſollen (b). Endlich gehen einige ſo weit, daß ſie zwar den Käufer und Pächter wegen des Abganges, nicht aber den Verkäufer und Verpächter wegen des Ueberſchuſſes ſchadlos gehalten wiſſen wollen, weil

dieſen ohne ihre Schuld die eigentliche Beſchaffenheit desjenigen, ſo ſie in Beſitz gehabt, nicht unbekannt ſeyn können (c). Ich halte aber mit andern dafür, es ſey zu vermuthen, daß deswegen eine Morgenzahl im Contract ausgedrucket worden, weil man ſelbige zum Grunde der Handlung geleget, und z. E. ein Pachtgeld von 100 Rthlr. beſtimmet hat, weil die Contrahenten vorausſetzten, daß die im Contract benante 50 Morgen ſich funden, und einen jeden derſelben mit 2 Rthlr. bezahlet wiſſen wollten. Hätte man über Bauſch und Bogen gehandelt, ſo wäre es ganz überflüſſig geweſen, die Zahl der gepachteten Aecker zu benennen (d). Obwol auch nicht ausgedrücket worden, wie hoch jeder Morge in Anſchlag gebracht iſt, ſo kann man doch daher keinesweges folgern, daß die Contrahenten auf deren Anzahl kein Augenmerk genommen. Vernünftige Leute ſchlieſſen dergleichen Contracte nicht, bevor ſie die Aufkünfte des Guths in Erfahrung gebracht, und richten ſelbigen gemäß, ihre Forderungen und Erbiethen ein, welches daher jederzeit zu vermuthen. HUBER ad ff. Tit. de Contrahenda emtione, entſcheidet die Frage ganz recht alſo: Ad corpus vendere eſt, quando fundus limitibus, non quantitate eſt circumſcriptus. Quoties numerus jugerum expreſſus eſt, etſi pretium non in ſingula jugera, ſed in totum corpus agri ſit conceptum, venditor tamen ad numerum, vel id quod intereſt, tenetur præſtandum (e). Daß auch anfangs des Guths überhaupt erwehnet, und nachmals die Anzahl der Morgen benannt worden, erweiſet nicht, daß das Letztere nur erzählungsweiſe geſchehen, ſondern es wird die vorhergehende generale Benennung erkläret, und angezeiget, was man durch das verpachtete und verkaufte Guth eigentlich verſtehe. Es bemerket CARPZOV Lib. 5. Reſp. 25. n. 4. 5. wohl: Ordinem ſcripturæ non poſſe mutare ordinem juris & voluntatis. Da endlich die Meſſung groſſe Koſten erfordert, auch vielfältig dem Eigenthümer ſeine öftere Abweſenheit oder andere Hinderniſſe nicht verſtatten, von den Seinigen die genaueſte Nachricht einzuziehen, ſo wäre es hart, wenn man deſſen Unwiſſenheit beſtrafen, und dem Käufer und Pächter verſtatten wollte, mit deſſelben Schaden ſich zu bereichern. Die Königl. Hannöverſche Juſtitzcanzley hat daher 1759 erkand, daß Beklagter gehalten, Klägern den zehnjährigen Genuß der $14\frac{3}{4}$ Morgen zu vergüten, welche man bey Errichtung des Pachtcontracts nicht fürhanden zu ſeyn ſupponiret hat, er könnte denn darthun, daß der Verpächter, ob wohl er gewuſt, daß ſich mehr als 72 Morgen gefunden, dennoch mit dem Locario friedlich geweſen. Denn ſolchenfalls hat er ſich ſelbſt, und ihm nicht der Pächter geſchadet (f).

(a) Berger O. I. Lib. 3. Tit. 5. §. 2. not. 4. Leyser Spec. 206. Med. 6. Jcti Tubingenses Tom. II. Conſ. 152. n. 14. ſeq.

(b) Esbach ad Carpzov Part. II. Conſt. 33. Def. 10. Hertius Vol. II. Dec. 177. n. 2.

(c) Brunnemann de Venditione ad corpus & ad menſuram n. 29.

(d) Besold Part. VI. Conſ. 266. n. 3. 4. 5.

(e) Molina de Juſtitia & Jure Tr. 2. Diſp. 367. n. 6. 8. Besold d. l. n. 13. 28.

(f) Boehmer Tom. II. Reſp. 395. num. 11.

XCVII. Bedenken.

Von dem Kirchenrecht, welches dem Durchl. Hauſe Braunſchweig und Lüneburg im kleinern Stift Hildesheim 1624 zugeſtanden.

§. I.

Das Religionsweſen im Stift Hildesheim iſt durch einige, mit Zuthun der Durchl. Häuſer Braunſchweig und Lüneburg, errichtete Verträge dergeſtalt angeordnet, daß die Kirchengewalt, welche dieſem im Jahr 1624 daſelbſt zugeſtanden, einem Evangeliſchen Conſiſtorio übergeben worden. Es zweifelt niemand, daß der ſogenannte gröſſere Stift denen Fürſtenthümern Braunſchweig Wolfenbüttel und Calenberg einverleibet, mithin dem Conſiſtorio zu Wolfenbüttel, welchem das Kirchenregiment in dieſen Fürſtenthümern anvertrauet war, in allen zur geiſtlichen Gerichtbarkeit gehörenden Sachen unterworfen geweſen; wegen des kleinern Stifts iſt aber die Sache nicht ſo klar, weil die Catholiſche Biſchöfe deſſen Landesherren waren (a). Dieſe haben daher nach der Reſtitution des Stifts denen in den Aemtern Peine und Steuerwald befindlichen Evangeliſchen weniger einräumen wollen, als den übrigen Eingeſeſſenen des Landes. Es iſt auch nicht zu leugnen, daß an etlichen Orten die gänzliche im Jahr 1624 genoſſene Befreyung von der Catholiſchen geiſtlichen Gerichtbarkeit ſchwerlich zu erweiſen ſeyn mögte. Am andern aber kann ſie ganz unwiderleglich aus denen in den Hannöverſchen und Wolfenbüttelſchen Archiven befindlichen Urkunden dargethan werden; daher dann, wann man mit Aufhebung der Receſſe alles in den Stand ſetzen wolte, worin es 1624 geweſen,

Der kleinere Stift Hildesheim war zum Theil 1624 dem Braunſchweig-Lüneburgiſchen Conſiſtorio unterworfen.

ſen, ein guter Theil der Jurisdictionis eccleſiaſticæ im kleinern Stift Hildesheim dem Durchl. Hauſe Braunſchweig und Lüneburg zurückgegeben werden müſte.

(a) Meine Nebenſtunden Part. II.

§. II.

Inſonderheit die adliche Sitze und Gerichtsdörfer im Amt Peina.

Daß 1624 die im Amt Peine belegene adeliche Sitze und Gerichtsdörfer Oberg, Groſſen und Kleinen Jlſede, Gadenſtedt, Roſenthal, Equord und Schwicheldt unter dem Braunſchweig-Lüneburgiſchen Conſiſtorio geſtanden, leidet nicht den mindeſten Zweifel. Es haben dieſe zu ſelbiger Zeit überall keine Biſchöfliche Landeshoheit erkand, und alſo um deſtoweniger dem Hildesheimiſchen Offizialatgericht verſtattet, in Kirchenſachen etwas zu verordnen. Ein am 6. Julii 1607 Churfürſten Ernſt zu Cölln von ſeinen Hildesheimiſchen Canzler und Räthen erſtatteter Bericht meldet ausdrücklich, „daß nachdem das Haus Peina Anno 1603 wieder an das Stift Hildesheim gelanget, die von Oberg, von Schwicheldt, von Salder, von Gadenſtedt nnd von Veltheim ſich von ſeiner Churfürſtlichen Durchl. und der peiniſchen Jurisdiction abzuweichen, unterſtanden. Denn wie der Fürſtl. Holſteinſche Geſandte Jobſt von Vahrendorf Amtmann zu Reimbeck an ſie geſchrieben, und erfordert, auf dem Hauſe Peina zu erſcheinen, und zu vernehmen, daß ſolches Haus aus Fürſtl. Holſteiniſchen Händen gelaſſen, und Hildesheim wieder angewieſen werde, wären ſie mit ihren Leuten ausgeblieben, und hätten ſich Sr. Churfürſtl. Durchl. und dem Ehrwürdigen Domcapitel nicht verwandt gemacht.„ Der darüber entſtandene Streit veranlaſſete am 6. October 1608 eine Conferenz zu Großen Lafferde zwiſchen den Hildesheimſchen und Braunſchweigiſchen Abgeordneten, da die letztere zum Beweis ihres Rechts „gegen Oberg Actus judiciales, ſo vor dem Hofgericht und Conſiſtorio ergangen, gleichfals Actus am Hofgericht gegen Gadenſtedt, Saldern und Veltheim, dann auch gegen die von Schwicheldt ergangen, und endlich Extracte aus den Landrentherey- oder Schatzregiſtern übergaben.„ Bey einer andern im April 1624 dieſer Jrrungen halber in Hildesheim geſchehenen Zuſammenkunft wurden die Braunſchweigiſch-Lüneburgiſche Deputirte inſtruiret, anzuführen, „daß die adeliche Geſchlechter im Amt Peina nach dem Quedlinburgiſchen Vertrage ſich Obrigkeit und der Lehne halber und ſonſt nach den Herzogen zu Braunſchweig mit Gebot und Verbot gerichtet, vor ſich und ihre angehörige Leute denenſelbigen gehuldiget, vor Fürſtl. Rathſtube, auch Hofgericht und Conſiſtorio, in realibus & perſonalibus beydes in geiſtlichen und Profanſachen, zu Recht geſtanden hätten.„

§. III.

§. III.

Es ſind auch nicht wenige Actus der an dieſen Orten geübten geiſtlichen Gerichtbarkeit erweislich. Der Pfarrer zu Equort M. Alexander Arnoldi unterſchrieb am 5. Octobr. 1620 die Fürſtl. Braunſchweigiſche Kirchenordnung, und lobte im Wolfenbüttelſchen Conſiſtorio an, derſelben nachzukommen. Als auch der Superintendent zu Lichtenberg denunciirte, daß er ſich in ſeinem Amte ungebührlich verhalte, wurde zu Equort eine Unterſuchung angeſtellet, nicht weniger die zwiſchen beſagten Pfarrer und dem daſigen Oppermann, wie auch die zwiſchen jenen und dem Equortſchen Verwalter entſtandene Streitigkeiten im Conſiſtorio unterſuchet, auch gütlich beygeleget, wie die Protocolla vom 5. und 19. October 1620 auch vom 15. Mart. 1621 ergeben.

Als Equort, Oberg, Schwicheld, Gadenſtedt, ꝛc. ꝛc.

Von Oberg heiſſet es im Protocollo Conſiſtoriali vom 19. Nov. 1596: „Iſt der Paſtor Ehren Tebelius erſchienen, und hat D. Baſilius mit ihm conferiret, und ihn examiniret — —. Soll Confirmationem auf ſein Amt bekommen und anloben, Illuſtriſſimo, Sr. Fürſtlichen Gnaden Conſiſtorio, und dem General- und Specialſuperintendenten Obedientiam, und Illuſtriſſimo treu und hold zu ſeyn.„ Auch im Protocollo Conſiſtoriali de 15. Decemb. 1597: „Paſtor zu Oberg bittet 1) daß er einen Inſpectorem und Superintendenten haben möge, bey dem er in fürfallenden Sachen Rath und Hülfe ſuchen und haben möge ꝛc. ꝛc. Conſiſtorium: Was den erſten Punct anlanget, könne ihm noch zur Zeit kein ſonderlicher Superintendent zugeordnet werden, ſondern wenn ihm Rath und Hülfe vonnöthen, könne er jederzeit beym Fürſtl. Conſiſtorio deſſen gewärtig ſeyn. Daran ſolle er ſich allzeit halten. 2) Vermöge der Kirchenordnung könne er ſine cauſæ cognitione nicht entſetzet werden. Der Junker hätte deſſen vor ſich keine Macht. Doch ſolle er darauf nicht trotzen, ſondern gemach und vorſichtig verfahren, daß er dem Junker keine Urſach geben möge.„ Sodann in Protocollo Conſiſtoriali Generali de 1597 p. 12. „Oberg belangend, deſſen hat ſich Peina niemahls im geringſten angenommen, das laſſe man in ſeinem jetzigen Stande.„ Im Jahr 1602 verklagten den Paſtorem Tebelium ſeine Pfarrkinder vor dem Fürſtl. Braunſchweigiſchen Conſiſtorio, und es wurde, nach genugſam eingenommener Klage und Antwort, am 30. Sept. die Sache durch einen Abſchied beygeleget. Der Paſtor muſte in einem annoch fürhandenen Revers verſprechen: „ſolchen des Fürſtl. Conſiſtorii aufgerichteten Abſchiede ſeines Theils vermöge des Buchſtabens, und was ihm darin auferleget, gehorſamlich zu pariren und nachzuſetzen, und ſein Amt alſo zu führen, daß er es vor Gott dem Allmächtigen, wie auch dem gnädigen Landesfürſten, bey

Entſetzung ſeines Pfarramts, zu verantworten getraue.„ Imgleichen erkandte das Conſiſtorium wider denſelben am 23. Jul. 1620 ein Mandatum de ſolvendo auf Henrich Bremers Bürgers zu Wunſtorf Geſuch: Von dem Obergiſchen adelichen Sitz Schwicheldt lieſet man in Protocollo Conſiſtoriali vom 22. Jan. 1626: „Der von Oberg hat geſuchet, daß ſein Kind mögte begraben werden von einem andern. Man gabe Beſcheid, daß der zu Equort das Kind begraben möge, und habe der von Oberg etwas weiter zu ſuchen, möge er ſolches ſchriftlich thun.„

Ferner beſchwerten ſich Chriſtoph Wolf und Heinrich Albrecht von Gadenſtedt in einem Schreiben an die Fürſtl. Braunſchweigiſche Canzler und Räthe vom 1. April 1608 darüber, „daß man ſie unter Hildesheimiſche Oberbothmäſſigkeit ziehen und treiben, ihnen die Päbſtliche Religion, daran hangende Proceſſiones und andere Catholiſche Gebräuche, wider ihrer Unterthanen und angehörigen Leute Gewiſſen, und die brauchende Fürſtl. Braunſchweigiſche Kirchenordnung aufdringen wolle.„

§. IV.

Auch ſind Actus juriſdictionis eccleſiaſticæ geübet zu Gr. Laſſerde, Adenſtedt, Bründlen, Kemme ꝛc. ꝛc.

In dem übrigen kleinern Stift Hildesheim hat das Durchl. Haus Braunſchweig-Lüneburg auch nicht wenige Actus juriſdictionis eccleſiaſticæ geübet. Der Paſtor zu Groſſen Laſſerde wurde 1610 zu Wolfenbüttel im Conſiſtorio ordiniret, und durch den Amtmann zu Steinbrück eingeführet. In dem Protocollo Conſiſtoriali vom 8. Aug. 1611 iſt folgendes wegen beſagter Pfarre verzeichnet: „Man ſchreibe an beyde Superintendenten, überſchicke ihnen, wie em Amtmann befohlen, und ſchreite nachmahls zur Viſitation, vermahne den Amtmann, daß er dabey ſey, und berichte, wie es beſchaffen.„ Als am 12. Sept. 1611 die Groſſen Laſſertſche ein Vorſchreiben nach Hildesheim begehrten, votirte der Conſiſtorialrath Clacius alſo: „Soll man ſie verſchreiben und verbitten, das iſt vorigen allen zuwider, und läufet wider Reverendiſſimi Illuſtriſſimi des Orts habende und oft allegirte Jura. Darum wäre eine Zuſammenkunft und Unterredung allhier beſſer.„

Zu Adenſtedt Amts Peina ſind des Herrn Herzogs zu Braunſchweig Durchl. annoch Patronus. Als der Herzog von Holſtein Pfandsinhaber beſagten Amts war, ſchrieben deſſen Räthe in der Relation von 1593: „Wogegen die Braunſchweigiſche Räthe einen ganz langen Bericht eingewand, alles zu dem Ende, daß ihren gnädigſten Fürſten und Herren plena & omnimoda diſpoſitio

über

über gedachte Kirche zugehörig.„ Zwar vergliche man ſich 1598 dergeſtalt, daß künftig der Adenſtedtiſche Pfarrer unter dem Superintendenten und Miniſterio zu Peina in geiſtlichen Sachen, und in weltlichen Sachen unter dem Amt Peina ſtehen ſolle. Es wurde jedoch in der Transaction angeführet: „Daß ſowol bey Zeiten Herzog Henrichs des Jüngern, als nachher und noch im Gebrauch ſey, daß ohne Zuthun des Hauſes und Amts Peina die Prediger zu Adenſtedt in die Pfarre immittiret, ſelbige von den Herzogen dabey gehandhabet, und nach Befinden der Uebelthaten der Pfarre wieder entſetzet worden, und daß die Prediger ſich bisher allein nach dem Fürſtl. Braunſchweigiſchen Conſiſtorio und nächſt geſeſſenen Superintendenten gerichtet hätten.„ Nachdem auch die Biſchöffe zu Hildesheim das Amt Peina wieder einlöſeten, und den Evangeliſchen Superintendenten und Miniſterio alle Jurisdiction nahmen, fiel dieſer Vergleich hinweg, und in der von Herzog Friedrich Ulrich am 13. Dec. 1617 Petro Friccio ertheilten Belehnung mit der Pfarre zu Adenſtedt, wurde er angewieſen, ſich dem Corpori Doctrinæ Julio und der Fürſtl. publicirten Kirchenordnung gemäß zu verhalten, dem Fürſtl. verordneten Conſiſtorio und ſeinem vorgeſetzten General- und Specialſuperintendenten ſchuldigen Gehorſam zu leiſten; welches er in dem ausgeſtellten Revers verſprochen, und die Kirchenordnung unterſchrieben hat.

Im Jahr 1596 belangte Lüdecke Baren zu groſſen Lobke Tochter Adam Behren zu Bründeln, Amts Peina, vor dem Wolfenbüttelſchen Conſiſtorio. Man lieſet in dem Protocollo Conſiſtoriali vom 30. Sept. folgendes: „Seynd die Documenta executæ citationis ſecundæ von Klägern eingebracht, und von ihm gebeten worden, daß man ſeine Tochter von Adam Behren loszähle, und ihr anderweite Verheyrathung erlaubet werden möge. Decretum: Soll ein Urtel abgefaſſet, Klägers Tochter losgezählet, und ihr anderweite Verehlichung zugelaſſen werden.„

Der Paſtor zu Kemme Amts Steuerwald ſchriebe 1604 an die Fürſtl. Braunſchweigiſche Canzler und Räthe, „er ſey auf dero Befehl von dem Amtmann zu Steinbrück eingeführet, und über das dritte Jahr im geruhigen Beſitz geweſen, nunmehro ihm aber von den Hildesheimiſchen Biſchöflichen Räthen anbefohlen, die Pfarre Kemme zu räumen, oder zu gewärtigen, daß man ihn nach Steurwald ins Gefängniß bringen würde.„ Eben dieſer Mann beklagte ſich laut Protocolli Conſiſtorialis vom 9. Jul. 1612, daß er 14 Tage im Inlager geweſen, und vor einem Viertel Jahr ein anderer eingeführet werden ſollen, worauf ihn das Fürſtl. Braunſchweigiſche Conſiſtorium inſtruirte, „wenn das

 nochmal

nochmal geſchehen ſollte, ſollte er ſagen, Reverendiſſimus Illuſtriſſimus habe ihm die Belehnung zugeſaget, und ſolle auf ihre Erforderung nicht nach Steuerwald ziehen.„ In den Gravaminibus, welche Churfürſt Ferdinand zu Cölln, mittelſt Schreibens ſub dato Münſter den 13. Mart. 1613, Herzog Henrich Julio nach Prag zugeſand, wird auch angeführt, „daß der Amtmann zu Steinbrück und Woldenberg den 20. Oct. 1609 mit ſtarker Wache die Kirche zu Kemme im Amt Steuerwald aufgeſchlagen, die Bauren convociret, ein Fürſtl. Braunſchweigiſches Schreiben abgeleſen, und den Prädicanten öffentlich predigen laſſen.„

Als das Amt Steurwald den Evangeliſchen Paſtorem zu Schellerten turbirte, wurde im Fürſtl. Braunſchweigiſchen Conſiſtorio am 29. Sept. 1610 und 3. Octob. 1611 beliebet, „an den Amtmann zu ſchreiben, den Fürſtl. Braunſchweigiſchen belehnten Paſtorem unbetrübet zu laſſen, keine Gewalt zu üben, und Gegenſchanz zu veranlaſſen.„

§. V.

Deſſen Urſach.

Hieraus erhellet, daß wenn im kleinern Stift Hildesheim alles wieder in den Stand geſetzet werden ſollte, worin es ſich 1624 befunden, was dem Hildesheimſchen Evangeliſchen Conſiſtorio entgienge, dem Braunſchweig Lüneburgiſchen gutentheils einzuräumen wäre, maßen zu vermuthen, daß die nicht lange vor dem Anno decretorio gehabte Poſſeſſion in ſelbigen beybehalten worden (a), und zwar um deſtomehr, weil nicht abzuſehen, was die Herzoge bewegen können, ſelbige fahren zu laſſen. Der Biſchof unternahm allererſt nach des Königs von Dännemark Niederlage, als die Kayſerliche 1628 in Niederſachſen den Meiſter ſpieleten, die Evangeliſche Pfarrer nicht den Catholiſchen geiſtlichen Gerichten zu unterwerfen, ſondern ſie gar aus dem Lande zu jagen. Die Contraventiones der Declarationis Ferdinandæ, und der mit den Unterthanen errichteten Religionsverträge nöthigte dieſe, fremden Schutz zu ſuchen, und ſich unter das Fürſtl. Braunſchweigiſche Conſiſtorium zu begeben, welches man Biſchöfl. Seits lieber verſtatten, als die Lutheriſche ſogenante Prädicanten für Pfarrer erkennen, und ihnen die Handhabung der Juſtitz dergeſtalt angedeihen laſſen wollte, daß ihre Gewiſſens- und Religionsfreyheit nicht gekränket würde. Die ſolchergeſtalt erlangte Befugniß muſte denen Herzogen verbleiben, nachdem der Weſtphäliſche Friedensſchluß feſtgeſtellet hat, daß ein jeder die Kirchengüter behalten ſolle, welche derſelbe am 1. Jan. 1624 beſeſſen, er möge zu deren Beſitz gelanget ſeyn, wie er wolle.

(a) LUDOLF Obſ. for. 82.

XCVIII. Bedenken.

Beweis, daß die Catholiſche Kirchen zu Wiedela, Steinbrück und Hennekenrode im Stift Hildesheim von den Evangeliſchen 1624, als Pfarrkirchen, beſeſſen worden.

Der Hildesheimſche Religionsreceß von 1711 §. 4. ergiebet, daß man gezweifelt, ob ſich zu Wiedela im Jahr 1624 eine Evangeliſche Kirche gefunden? Aus den Wolfenbüttelſchen Conſiſtorial-Protocollis erhellet aber ſolches klärlich, und iſt 1587 und 1588 wegen des Juris patronatus über dieſe Kirche Streit geweſen, weil ſich ſolches der von Quitzau, als Pfandsinhaber des Amts anmaſſete, die Landesherrſchaft es ihm aber nicht einräumen wollte. Beſage Protocolli Conſiſtorialis wurde am 16. Sept. 1588 folgendes Concluſum gefaſſet: „Sollte an den jetzigen zu Wiedela ſchreiben, da er zwiſchen dis und der Zeit die Belehnung bey Illuſtriſſimo ausbringen, und dem Conſiſtorio überantworten würde, ſollte er confirmiret werden. Wo nicht, ſo könnte man ihn da nicht leiden.„ Im Protocollo Conſiſtoriali de 6. Sept. 1604 heiſſet es hievon ferner: „Die Pfarre zu Wiedela hat vom Stift Halberſtadt zu Lehn gangen. Iſt nun gleichwohl an dieſen Ort kommen, daß Herzog Julius jetzigen Paſtoren dahin geſetzet. Der von Quitzau hat hiebevor geſchrieben, wolte das Pfarrhaus bauen, wenn er die Präſentation hätte, welches damals in Rath gezogen, aber abgeſchlagen. Jetzo kan man Reverendiſſimo Illuſtriſſimo berichten, daß man von Sr. Fürſtl. Gnaden Zuſage nichts wiſſe, und, ſi res adhuc integra, kann man nicht rathen, ein Patronat zu vergeben.„

Daß auch auf dem Amt Steinbrück ein Evangeliſcher Pfarrer geweſen, ergiebet dieſer am 2. May 1616 ihm ertheilte Beſcheid: „Was ſeine Pfarrkinder ſeyn, die begrabe er billig. Da aber Amtsdiener zu Hohen Eggelſen ſeßhaft ſeyn, damit habe es eine andere Beſchaffenheit.„

Daß zu Hennekenrode die Evangeliſche Religion 1624 geübet worden, ziehet niemand in Zweifel, und daß die daſige Kirche den Evangeliſchen genommen iſt, will in den Biſchöflichen Hildesheimiſchen *Vindiciis* des höchſt verletzten Landesfürſtl. Reſpects und Gehorſams *p.* 20. nur damit beſchöniget werden, daß ſie ein Sacellum privatum ſey, welches der Eigenthümer ganz eingehen laſſen, den Sacellanum wegſchaffen, und was er ihm bisher gereichet, innebehalten könne. Dieſes ſoll daher erhellen, daß unter denen in der Braunſchweigiſchen Kirchenordnung nahmhaft gemachten, und den Superintendenten

unterworfenen Pfarren ſich Hennekenrode nicht findet, ob wohl das Gröſſere Stift Hildesheim, in welcher dieſer adeliche Sitz und Dorf belegen, zu ſelbiger Zeit in Braunſchweigiſchen Händen war. Allein es thut beſagte Ordnung keiner einzigen zur Superintendentur Seeſen gehörigen Pfarre namentlich Meldung, ſondern wird nur darin geſaget, daß ſie aus zehn Pfarren beſtehe. Unter dieſen findet ſich nun die mit der Hennekenrodiſchen vereinigte Pfarre zu Schlevecke. Daß jene 1568 wirklich viſitiret worden, erhellet aus dem Viſitationsbuch, welches bey der angeſtellten Generalviſitation aller Kirchen und Pfarren des Herzogthums Braunſchweig abgefaſſet worden. Als der von Saldern Hennekenrode käuflich an ſich brachte, wurde mit dem Pfarrer Petri ein Vergleich dahin getroffen, daß jener die Pfarräcker genieſſen, und dieſem dafür 6 Malter Rocken und 6 Malter Haber reichen ſolle. Beſage Protocolli vom 8. Sept. 1598 verwieſe das Conſiſtorium den Pfarrer zu Schlevecke und Hennekenrode, daß er als Paſtor loci den von Salder nicht geſtrafet, und ſich in Autorität erhalten habe, daher dieſer kein Sacellanus amovibilis geweſen ſeyn kann. Die von Saldern und jetzt die von Bocholtz ſind mit dem Kirchlehn zu Hennekenrode, und mit keiner Hauscapelle beliehen. Auch nannte das Conſiſtorium 1620 den daſigen Geiſtlichen einen Paſtoren zu Schlevecke und Hennekenrode, und was ihm reſtirte, eine Pfarrbeſoldung. Als nachmals der von Streithorſt zu Beſitz des Guths gelangte, und mit der Zahlung des Pfarrſalarii nicht einhielte, erkandte beſagtes Conſiſtorium unterm 30. Junii 1620 ein Mandatum de ſolvendo wider ihn; daher keinen Zweifel leidet, daß ſich der Pfarrer zu Schlevecke 1624 in dem Beſitz ſolcher Rechte zu Hennekenrode befunden, die ihm nicht willkührlich genommen werden können, wenn der Weſtphäliſche Friedensſchluß bey Kräften bleiben ſoll. Will man demnach Catholiſcher Seits es bey dem Receß von 1711 nicht bewenden laſſen, ſo müſſen die Kirchen zu Wiedela, Steinbrück und Hennekenrode den Evangeliſchen wieder abgetreten werden.

XCIX. Bedenken.

Wiefern rückſtändige Salaria und das Lohn der Dienſtboten Lehnſchulden ſind.

Die Schulden, welche gemachet worden, um das Lehn von denen darauf haftenden Laſten zu befreyen, ſind Lehnſchulden (a), die der Lehnsfolger bezahlen muß, wenn gleich der verſtorbene Lehnmann ein Erbe hinterlaſſen, welches jenen nicht zu Theil worden (b). Die zur Handhabung der Gerechtigkeit

keit nöthige Köſten, iſt ein mit den Gerichten beliehener Vaſall zu übernehmen ſchuldig, und daher gewinnet es das Anſehen, als wäre die rückſtändige Beſoldung des Gerichtshalters, auch was andern nöthigen Bedienten an Lohn zu reichen, eine Lehnſchuld (c). Dieſe Meynung billiget LUDEWIG in den gelehrten Anzeigen Part. III. p. 497. alſo: „Die rückſtändige Salaria der Bedienten muß der Lehnsfolger bezahlen, weil ſie in perpetuam utilitatem des Lehns verwendet worden, und ob gleich Rechtsgelehrte dafür halten, daß ſelbige aus den jährlichen Reditibus feudi zu nehmen, ſo ſind doch desfals die Reichs-Hofraths- und Cammergerichtsurtheile, ſo gar in neuern Zeiten bekannt, daß ſolche dem Landesfolger ſchlechterdings zu bezahlen, auferleget worden.„ Die Königl. Hannöverſche Juſtitzcanzley hat 1759 in Sachen Stüler wider die von Hagen anders erkandt, und zwar deswegen, weil der Beſitzer des Lehns dergleichen Schulden aus deſſen Früchten abführen muß, daher es die gröſte Unbilligkeit ſeyn würde, wenn er ſolches unterlaſſen, dadurch, ſeinen Landerben zum Beſten, das Erbe vermehren, und dem Lehnsfolger eine Laſt zuwälzen wolte, die er ſelbſt billig übernehmen ſollen. Nur alsdenn iſt eine wahre Lehnſchuld fürhanden, wenn der Abtrag nicht anders, als ex ſubſtantia feudi geſchehen mag, und dieſes dadurch der Nachkommenſchaft bewahret wird, welche ſich nicht weigern kann, eine Schuld für die ihrige zu erkennen, wodurch ihr Beſtes befördert iſt (d). Beſoldungen können und müſſen daher aus den Lehnfrüchten, mithin von den Allodialerben, deren Erblaſſer ſie genoſſen, und von den Lehnsfolgern nur, wenn kein Erbe fürhanden, bezahlet werden (e). Von dieſem Fall reden meines Wiſſens die Erkenntniſſe der Reichsgerichte, und wenn ſie weiter gehen, ſo iſt es zu misbilligen.

(a) MEVIUS Conſ. 44. n. 87.

(b) BRUNNEMANN Conſ. 13. n. 14.

(c) Id d. l. n. 13. 15. STRYK de Obligatione feudi conſenſu munita Cap. I. n. 33. WERNHER Tom. III. Part. IV. Obſ. 30.

(d) BEYER Poſit. Jur. feud. Cap. 8. n. 160. 161. Lit. h. i. HERTIUS Vol. I. Reſp. 87. n. 5.

(e) Herr B. von SENCKENBERG Jur. feud. §. 423. 424.

C. Bedenken.

In den Fürſtenthümern Calenberg und Grubenhagen, gehöret der Rottzehende dem ordentlichen Zehendherrn des Orts nicht.

Nach den Canoniſchen Rechten gehöret der Rottzehende dem ordentlichen Zehendherrn des Orts, wenn er ein Geiſtlicher iſt, nicht aber den Layen, die das Zehendrecht von der Cleriſey erhalten, ſondern vielmehr dieſer (a). Die Chur-Braunſchweigiſche Zehendordnung Art. 8. verordnet aber alſo ein anders: „Wenn jemand aus ſolchem Lande, das mit Buſch bewachſen, Saatland, Gärten, Wieſen oder Kämpe machen wollte, und er dazu einen gewiſſen Platz von unſern Beamten, oder auch von unſern Landſaſſen, dafern der Platz ihnen zuſtehet, mit Einwilligung derjenigen, welche wegen der Hud und Weyde dabey intereßiret (maſſen die Ausrodung anderer Geſtalt nicht vergönnet ſeyn ſoll) angewieſen erhalten hätte, ſo muß er davon den Rottzehenden, und zwar nach Anweiſung des Ganderheimiſchen Landtagsabſchiedes §. 15, wenn es unſere oder gemeine Hölzungen, darin wir der höchſte Erbexſe ſind, an uns, wo aber die Hölzungen unſern Landſaſſen und Unterthanen zuſtehen, denen Grundherren entrichten. Wann aber auſſer Hölzungen aus gemeiner Hud und Weyde, mit Conſens der Weydeintereſſenten, Rottland angewieſen wird, ſo muß davon der Rottzehende an uns abgeſtattet werden.„ In Art. II. heiſſet es ferner: „Wäre aber das ausgerodete Land aartig oder ſaadig Land geweſen, und hernach entweder bey den Kriegeszeiten, oder ſonſt durch andere Zufälle dergeſtalt verwildert, daß es nicht mehr gepflüget oder beſäet worden, ſo kan man daſſelbe, da es nun wieder zu der Cultur gebracht, eigentlich vor kein Rottland halten, einfolglich mag daraus kein Rottzehende gefordert werden, ſondern es gebühret der Zehende daraus demjenigen, welcher ſolchen vorhin vor der Verwilderung darüber gehabt, und mag demſelben keine Verjährung, es ſey denn von der Zeit, da ſolches wieder aarthaft gemachet, 40 Jahr verfloſſen, opponiret werden (b).„ Daß aber das Land binnen 40 Jahren geackert iſt, muß der Zehendherr erweiſen, und ſolches wird nicht deswegen vermuthet, weil Grund und Boden mit den herumgelegenen Aeckern von gleicher Güte iſt, maſſen vielfältig zwiſchen ſaadigen Lande ſich einige Holzung findet, welche aus haushälteriſchen Urſachen, oder auch aus Saumſeligkeit und Unverſtand der Eigenthümer unausgerodet blieben. Die Königl. Hannöverſche Juſtitzcanzley hat am 5. Oct. 1759 in Sachen Walther wider Feſting alſo erkand. Rodet ein Bauer in der zu ſeinem Meyerhofe gehörigen Holzung, ſo iſt er ganz frey vom Rottzehen-

Rottzehenden, weil die Zinſen nicht geſteigert werden dürfen, wenn ein Meyer durch ſonderbaren Fleiß die Aufkünfte des Guths vermehret (c).

(a) Meine Nebenſtunden Part. V.

(b) Chur-Braunſchweigiſche Landesverordnungen Cap. 4. p. 1001.

(c) Meine Nebenſtunden d. l.

CI. Bedenken.

Wem im Fürſtenthum Calenberg erlaubet iſt Ziegen zu halten.

Die Königliche Cammer hat den Beamten und Amtsunterthanen verboten, Ziegen zu halten (a). Den Clöſtern iſt es 1677 ausdrücklich erlaubet, wenn ſie aus den Forſten bleiben, und in die Feldbüſche geſchicket werden (b). Auf Anſuchen der Gemeinde zu Elvershauſen hat auch die Königl. Regierung dem daſigen Paſtori nicht befohlen, die Ziegen gänzlich abzuſchaffen, ſondern ſie auſſer dem Holz vor den Schweinhirten treiben zu laſſen. Kein geringers Recht ſtehet denen von Adel zu. Sie mögen alſo Ziegen halten, nicht aber ſelbige in gemeinſchaftliche Hölzer andern zum Schaden bringen (c). Deswegen wurde von der Königl. Hannöverſchen Juſtitzcanzley am 26. Sept. 1759 in Sachen des Freyherrl. Wrisbergiſchen Amtmanns Scriba wider die Gemeinde Rittmarshauſen erkand, daß beſagter Amtmann nicht die Ziegen abzuſchaffen, wohl aber dieſelbe in die hohe fruchtbare Holzung nicht zu bringen, verbunden ſey.

(a) Chur-Brunſchweigiſche Landesverordnungen C. 6. p. 223. 224. 229. 236. 240.

(b) Ibid. Cap. 1. p. 650.

(c) STRYK U. M. ff. Tit. de Servitutibus ruſticorum prædiorum §. 15. MANZIUS de Servitutibus ruſticorum prædiorum n. 293.

CII. Bedenken.

Ob der Fleiſchzehende von dem Vieh zu entrichten ſey, welches nach der Zählung, und ehe der Zehende wirklich gezogen worden, umgekommen?

Es ſcheinet unbillig zu ſeyn, daß der Zehende von den vor der wirklichen Zählung geſtorbenen Gänſen entrichtet werde. Solches Recht wolte dennoch der Freyherrl. Wrisbergiſche Amtmann zu Rittmarshauſen behaupten, und gründete ſich in dem Herkommen. Gleichwie nun dadurch die Rechte des Zehendherrn vielfältig gemindert werden, ſo kann man ſie auch dadurch vermehren. Es geſchiehet wohl durch ausdrückliche Geſetze, um den Betrügereyen der Zehendpflichtigen vorzubeugen. Alſo wird z. E. dem Zehendherrn in der Zehendordnung Art. 36. erlaubet, mit der Zehendziehung den Anfang zu machen, wo er will, damit die Leute nicht das wenigſte Korn in den Haufen bringen, welchen ſie für den Zehnten halten. Jener nimmt nun gemeiniglich den Zehenden, ſo viel es thunlich, vom Mittelrücken, wo das beſte Korn wächſet, und bekomt daher wohl etwas mehr, als die Decimam. Bey dem Fleiſchzehenden genieſſet der Zehendherr auch eines Vortheils, wenn die Zehendpflichtige verbunden ſind, alles was zur Zeit der Beſchreibung fürhanden geweſen, zu verzehenden, wenn es ſich gleich zur Zeit der wirklichen Ziehung nicht mehr findet, damit dieſelbe unter dem Vorwand, daß ihnen Vieh geſtorben, keine widerrechtliche Abzüge machen; wie denn deswegen in der Lüneburgiſchen Zehendordnung von 1692 verſehen iſt, „daß nur diejenige Kälber und Lämmer nicht zu verzehenden, welche vor der Beſchreibung geſtorben;„ mithin ſind diejenige allerdings zu verzehenden, ſo nach der Beſchreibung umkommen. Weil aber eine ſolche Verordnung ſich im Fürſtenthum Calenberg nicht findet, ſo muß der Zehendherr erweiſen, daß er dieſes Recht durch die Verjährung erworben hat (a). Zur Erlangung des Zehendrechts erfordern viele einen Beſitz von undenklichen Jahren, wenn kein Titulus beygebracht werden mag (b), und ein gleiches wäre von deſſen Erweiterung zu ſagen. Weil aber dieſe Lehre aus dem Päbſtlichen Principio herflieſſet, daß die Zehenden vermöge einer göttlichen Verordnung der Geiſtlichkeit gehören, und nach den Römiſchen Rechten nur die Præſcriptio longiſſimi temporis beyzubringen iſt (c), ſo hat die Königl. Hannöverſche Juſtitzcanzley in Sachen Amtmanns Scriba wider Rittmarshauſen am 26. Sept. 1759 erkandt, es habe der Zehendherr gebührend zu erweiſen, daß binnen 30 Jahren vor erhobener

hobener Klage von denen auf Johannis beſchriebenen, und vor der Auszehndung geſtorbenen Gänſen der Zehende entrichtet worden.

(a) Si Dominus præſcribit exactionem contra univerſitatem, tunc non deſideratur conſuetudo, ſed præſcriptio, ubi non poteſt ejusmodi onera ſubditis pro arbitrio imponere. CRAVETTA de Antiquitate temporum Part. IV. n. 22. 23. GARSIAS de Expenſis Cap. 9. n. 8.

(b) WERNDLE vom Zehendrecht Lib. 3. Cap. 7. SYRING de Decimis §. 24.

(c) BOEHMER de Præſcriptione circa decimas §. 28.

CIII. Bedenken.

Wie fern Zollſachen vor die Gerichte gehören.

Wer zollbare Sachen verheelet, und dadurch den Zollherrn betrüget, wird aller nicht angegebenen Güter verluſtig (a). Iſt es aber vom Fuhrmann oder Schiffer geſchehen, ſo nimt man ihm zur Strafe ſein Fuhrwerk oder Schiff (b). Ein ſolcher verliehret zwar, ipſo jure, das Eigenthum der confiſcirten Sachen. Die Zollbedienten dürfen ſie aber nicht nach Willkühr wegnehmen, ſondern die darüber entſtehende Streitigkeiten muß der Richter entſcheiden (c). Es will jedoch KOPPEN Qu. 50. n. 11. behaupten, Conſuetudine univerſali Germaniæ defraudatores ſtatim, non expectata ſententia declaratoria, detineri & pignorari poſſe. Aber STRYK U. M. Tit. de Publicanis & vectigalibus §. 14. ſchreibet mit Recht: Hoc ad mores reprobatos pertinet, & hodie juſta excuſatio eſſe poterit, adeoque praxis illa, ſicubi in aliquo loco viget emendationem meretur. Gemeiniglich wird der Defraudant durch die Entdeckung der verheeleten Sachen des Verbrechens dergeſtalt überführet, daß er ſolches geſtehen muß, und kömt es alſo nur darauf an, wie daſſelbe zu beſtrafen, da denn der Zollherr die Confiſcation mit einer Geldbuſſe abkaufen läſſet. Deren Beſtimmung hänget nun lediglich von ihm ab, weil ſie den Werth der verheeleten Sachen nimmer erreichet, und ſofern gehören dergleichen bey den Landesherrl. Zöllen vorfallende Zollverbrechen nicht für die Juſtizcollegia, ſondern für die Rentcammer. Es ſchlieſſet auch obangeführter Koppen nicht alle richterliche Erkentniſſe über die Zollverbrechen aus, ſondern er hält nur dafür, daß die Zöllner, deren ohnerwartet, ſich der verheeleten Sachen bemächtigen können.

(a) Lib. 14. ff. de Publicanis & vectigalibus. Chur-Braunſchweigiſche Landesordnungen Cap. 6. p. 432. 441. 442. 445.

(b) Gassers Einleitung zu den Cameralwiſſenſchaften Cap. 17. §. 7.

(c) Besold Conſ. 234. n. 36. Ziegler de Juribus Majeſtaticis L. 2. Cap. 12. §. 13. Stryk d. l.

CIV. Bedenken.

Ob den Advocaten Palmaria verbindlich ausgelobet werden können?

Heinrich Conrad Fahlbuſch zu Harſte hatte dem Advocato Vieth 1742 verſprochen, ihm für die übernommene gänzliche Ausmachung der Proceßſache ſeiner Ehefrau, und für das zu erobernde ſieghafte Ende zu ſeiner Bezahlung eines vor alles 500 Rthlr. ehrlich, und ſofort als die letztere gute Urthel erfolget, baar in Hannover zu bezahlen. Als deſſe Wittwe und Erben den Fahlbuſch aus dieſem Vertrage belangten, abſolvirte ſelbigen die Altorfiſche Juriſtenfacultät am 20 Nov. 1749 von angeſtelter Klage, weil das Pactum zwar nicht de quota litis eingegangen worden, dennoch aber ob identitatem rationis eben ſo widerrechtlich als jenes zu achten ſey. Wie aber die Acten in ſupplicationis inſtantia nach Wittenberg geſand wurden, erhielten Kläger am 17. April 1751 ein obſiegliches Urthel, und zwar deswegen, weil das Verſprechen vor ein Pactum de quota litis, welches eine in caſum victoriæ geſchehene Promiſſionem partis illius, ſo einer per ſententiam zu erlangen hoffet, erfordert, weder ausgegeben, noch dieſen gleich gehalten werden könne, vielmehr ein verſprochenes Palmarium in den Rechten nicht verboten ſey, per Lib. 1. §. 12. ff. de Extraordinariis cognitionibus.

Eben dieſer Advocatus Vieth hatte 1736 ſich mit dem Geheimten Canzelliſten Schönian dahin vergleichen, daß ihm ſelbiger wegen geleiſteter Advocatur wider die Wittwe Schulitz und den Gürtler Blumen über die vorhin ausgezahlte 100 Rthlr. noch 50 Rthlr. entrichten, er alsdenn den Proceß in puncto pretii domus, ſo viel das Deſertivum betrift, ohnentgeltlich ausführen, wenn ſelbiger aber gewonnen würde, noch ein Palmarium von 100 Rthlr. empfangen ſollte. Dieſes forderte nun deſſen Wittwe und Erben cum uſuris a tempore moræ. Der Beklagte wandte aber ein, Advocatus Vieth habe vor ſeine Arbeit doppelt ſo viel bekommen, wie er mit Billigkeit fordern können, welches daher

erhelle, daß er die weitere Ausführung der Sache ohnentgeltlich übernommen. Sie ſey auch nicht gewonnen, ſondern der Proceß durch einen Vergleich geendiget, und alſo falle die Conditio ſine qua non des Verſprechens hinweg. Beklagter erhielte am 1. Oct. 1759 von der Königl. Hannöverſchen Juſtitzcanzley ein obſiegliches Urthel. Denn ob wohl einige dafür halten, daß Palmaria verbindlich ausgelobet werden können, wenn nur kein gewiſſer Theil des im Streit befangenen verſprochen worden (a), und das Ausgelobte dem Advocaten gebühret, obwohl die Sache gütlich verglichen iſt, quia transactio habetur pro victoria (b), wie denn das Königl. und Chur-Braunſchweigiſche Juſtitzreglement erfordert, daß, wenn der Streit in Güte beygeleget wird, die Advocaten vergnüglich belohnet werden ſollen, mithin auch ihnen Palmaria zu reichen, unverboten zu ſeyn ſcheinet (c), wenigſtens nach Proportion desjenigen, ſo die Parthey durch den Vergleich erhalten (d); ſo heiſſet es jedoch in L. 6. §. 2. C. de Poſtulando ganz deutlich: Nullum cum eo litigatore contractum, quem in propriam recipit fidem, ineat Advocatus, nullam conferat pactionem; und in L. 7. ff. mandati: Salarium Procuratori conſtitutum, ſi extra ordinem peti coeperit, conſiderandum erit, laborem dominus remunerare voluerit, atque ideo fidem adhiberi placitis oporteat: an eventum litium majoris pecuniæ præmio, contra bonos mores, procurator redemerit; auch in L. 1. §. 12. ff. de Extraordinariis cognitionibus: Si cui cautum eſt honorarium, vel ſi quis de lite pactus eſt, videamus an petere poſſit? Et quidem de pactis ita eſt reſcriptum ab Imperatore noſtro & Divo patre ejus: Litis cauſa, malo more, pecuniam tibi promiſſam ipſe quoque profiteris, ſed hoc ita jus eſt, ſi ſuſpenſa lite ſocietatem futuri emolumenti cautio pollicetur. Si vero poſt cauſam actam cauta eſt honoraria ſumma, peti poterit usque ad probabilem quantitatem, etſi nomine palmarii cautum ſit: Sic tamen, ut computetur id, quod datum eſt, cum eo, quod debetur, ne utrumque compoſitum licitam quantitatem excedat. Es kann demnach vor geendigtem Rechtsſtreit auf den Fall, wenn ſolcher gewonnen würde, der Advocat keine Geldſumme ſich bündig bedingen, und zwar 1) weil er dadurch veranlaſſet werden mögte, den Obſieg zu erlangen, es geſchehe mit Recht oder Unrecht, auch 2) unwiſſende Partheyen durch falſche Vorſtellungen vielfältig zu ſolchen Verträgen genöthiget werden, welche der Advocaten Arbeit übermäſſig belohnen (e), denen nicht zu verſtatten, daß ſie die Leute überſetzen. Die erſte Urſach iſt bey unſerer heutigen Gerichtsverfaſſung die bündigſte nicht, wenn der Richter ſein Amt gebührend verrichtet, wohl aber die zweyte, weil allerdings manche Advocaten von ihren Künſten zu viel Geſchrey machen, und die der Rechte unkundige Clienten überreden, daß klare Sachen den gröſten Schwierigkeiten unterworfen

ſen ſind, welche nur ſie aus dem Wege zu räumen vermögten. Es iſt ganz gleichgültig, ob ich jemand den ſechſten Theil des Objecti litis, oder 500 Rthlr. verſprochen, wenn über 6000 Rthl. geſtritten wird. Wer kann denn glauben, daß der Geſetzgeber jenes verbietet und dieſes erlaubet, da das eine eben die Wirkung hat, als das andere? Die Calenbergiſche Canzleyordnung Tit. IV. §. 23. erfordert von den Advocaten, daß ſie aller widerrechtlichen Pacten, ſonderlich de quota litis, ſich gänzlich enthalten ſollen. Was alſo die Römiſche Geſetze hievon verordnen, muß die Regel und Richtſchnur ſeyn, nach welcher ihre Rechte zu beſtimmen.

Wolte man aber auch einen ſolchen Vertrag an ſich für verbindlich halten, ſo müſte er dennoch nach den Buchſtaben verſtanden, und was im Fall des erlangten Obſieges verſprochen iſt, nicht begehret werden, wenn die Partheyen ſich gemüſſiget finden, durch einen Vergleich etwas nachzugeben (f), wohl aber, wenn einer des Obſieges ſich verſichert halten kann, und nur deswegen etwas ſchwinden läſſet, um dem Advocaten das mehr betragende Palmarium nicht zahlen zu dürfen (g). Das Juſtitzreglement §. 2. und der ſich darauf gründende Pufendorf handeln von keinen währenden Rechtsſtreits geſchehenen Verſprechen, ſondern ſie wollen nur, daß der Advocat nicht unbelohnet bleibe, wenn die Sache verglichen worden, damit er keine gütliche Handlung zu behindern ſuchen möge.

(a) Es will LYNKER Vol. I. Reſp. 64. n. 6. 7. 8. daß diejenige Pacta, worin der Advocat de quantitate gehandelt, nicht ſo fort de quota litis ſind, ſondern daß nur ſodann ſolche darunter gehören, quando partem illius rei, quæ in litem deducta, ſibi ſtipulatus eſt. S. auch LUDOVICI Doctr. ff. Tit. de Poſtulando §. 12.

(b) CHRISTIANÆUS Vol. III. Dec. 6. n. 5. BEYER ad ff. Tit. de poſtulando Poſ. 42.

(c) PUFENDORF in proc. civ. Part. I. Cap. 19. §. 3.

(d) CHRISTIANÆUS d. l.

(e) BARBOSA ad Lib. 5. Cod. de Poſtulando num. 8. BRUNNEMANN ad L. I. ff. de Extraordinariis cognitionibus n. 6. LAUTERBACH de Palmario advocatorum §. 30. ZIEGLER de Rabuliſtica Cap. 18. §. 7. MÜLLER ad Struv. Ex. 7. §. 11. lit. η. MARTINI ad O. P. S. Tit. III. §. I. n. 260. 261. COCCEJUS Jur. controv. Tit. de Poſtulando

ſtolando Qu. 5. KUNHOLD de Palmario advocatorum promiſſo §. 9.

(f) LAUTERBACH d. l. §. 47. BERGER O. I. Lib. 4. Tit. 8. §. 3. not. 2.

(g) CARPZOV Lib. 3. Reſp. 1. n. 18. CHRISTIANÆUS d. l.

CV. Bedenken.

Wenn mehre Gläubiger auf ihre Bezahlung dringen, ſo kann der Schuldner nicht einen zum Nachtheil des andern vergnügen.

Es ſchreibet Ulpianus in Lib. 6. §. 7. ff. quæ in fraudem creditorum: Sciendum Julianum ſcribere, eoque jure nos uti, ut qui debitam pecuniam recepit, antequam bona debitoris poſſideantur quamvis ſciens prudensque ſolvendo non eſſe recipiat, non timere hoc edictum: ſibi enim vigilavit. Qui vero poſt bona poſſeſſa debitum ſuum recepit, hunc in portionem vocandum, exæquandumque cæteris creditoribus. Neque enim debuit præripere cæteris poſt bona poſſeſſa, cum jam par conditio omnium creditorum facta eſſet (a). Nachdem der Schuldner den Gläubigern ſein Vermögen hingegeben, ſtehet ihm keine Gewalt über daſſelbe zu, und deswegen kann er niemand damit eine Zahlung thun. Ehe es aber ſo weit kommen, iſt derſelbe befugt, einen es verlangenden Gläubiger zum Nachtheil der übrigen, welche ſaumſeliger geweſen, zu befriedigen. Hieraus folget von ſelbſt, daß wenn zwey mit gleichem Fleiß das Ihrige fordern, es in des Schuldeners Willkühr nicht ſtehet, welchen er bezahlen wolle, ſondern daß der jüngere Gläubiger, was er empfangen, demjenigen zurückgeben müſſe, der ein beſſeres Recht und im Concurs den Vorgang hat. Der L. 6. §. 2. ff. de Rebus autoritate Judicis poſſidendis ſetzet ſolches folgendergeſtalt auſſer Zweifel: Quid ergo ſi quibusdam creditoribus ſolvit, deinde bona venierint? Si quæratur, an repetitio ſit, ex cauſa id ſtatuendum Julianus ait, ne alterius aut negligentia aut cupiditas huic, qui diligens fuit, noceat. Quod ſi, *utroque inſtante*, tibi gratificatus tutor ſolvit, æquum eſſe, aut prius eandem portionem mihi quæri, aut communicandum, quod accepiſti: & hoc Julianus ait (b). Diejenige Gläubiger, ſo ſaumſeliger geweſen, und nicht geſuchet haben, zu dem ihrigen zu gelangen, können die geſchehene Zahlungen keinesweges anfechten. Melden ſich aber ſo viele (c), daß es unmöglich, ſie alle mit des Schuldners Habſeligkeit zu befriedigen, alsdenn mag keiner mit der andern

Nach-

Nachläſſigkeit entſchuldigen, daß er ſich bezahlet gemachet hat, weil ſolchenfalls das Mahnen und Klagen nichts hilft, ſondern nothwendig abgewartet werden muß, daß der Richter die Güter unter den Gläubigern vertheile.

(a) LUDOLF Symph. Vol. II. Conſult. 18.

(b) FABER in Rational. ad L. 61. ff. de Condictione indebiti Hartmann PISTOR Lib. 3. Qu. 20. n. 1. VOET ad ff. Tit. quæ in fraudem creditorum §. 17.

(c) MEVIUS Part. VIII. Dec. 491. STRYK de Cautelis contractuum Sect. 4. Cap. 1. §. 10.

CVI. Bedenken.

Von des Forſtherrn Befugniß, ein Gehölz in Zuſchlag zu legen.

Der Forſtherr iſt befugt zu verbieten, daß die junge Lohden in den Wäldern mit dem Vieh abgehütet werden (a). Die darin zur Weide Berechtigte können ſich alsdenn nur widerſetzen, wenn ſolches unforſtmäſſig geſchiehet, und ihrem Vieh dadurch der nöthige Unterhalt entzogen wird. Als demnach die Gemeinde Lodingſen und Conſorten dem Herrn von Adelepſen darüber einen Eid deferirten, daß er nicht den Küh- und Ziegenberg einſeitig geheget, und die Hude ihnen darin unterſagen laſſen, wurde von der Königl. Hannöverſchen Juſtitzcanzley am 15. Octob. 1759 die Eidesformul dahin geändert, daß der Küh- und Ziegenberg nicht neuerlich und unforſtmäſſig ins Gehege geleget, und dadurch Supplicanten die unentbehrliche Hud und Weide entzogen worden.

(a) KREBS de Ligno & lapide §. 19. n. 2. BECK de Juriſdictione foreſtali p. 208. Herr B. von CRAMER Nebenſtunden Part. XII.

CVII. Bedenken.

Was einer aus Liebe und Barmherzigkeit thut, erweiſet nicht, daß er eine Erbſchaft angetreten hat.

Es lehret VOETIUS ad ff. Tit. de Acquirenda vel omittenda hereditate §. 7., quæ quis nomine heredis gerere poteſt, in dubio præſumi pro herede geſſiſſe, quia unusquisque magis ſuo quam alieno nomine quid feciſſe cenſetur, niſi doceat

actus

actus alia mente celebratos fuiſſe, & hoc docere dum probat, ſe ante actus illos geſtos proteſtatum fuiſſe in contrarium, quod pietatis cauſa alicui proſpecturus fuiſſet. Nun hatte die Hauptmannin von Bobart, bevor ſie ihrer blödſinnigen Schweſter Alimentation übernommen, keinesweges geäuſſert, daß ſie ſolches nicht als Erbin thue, und deswegen wolte man ſie für eine ſolche halten. Es heiſſet aber in L. 20. pr. & §. 1. de Acquirenda vel omittenda hereditate: Si quid pietatis cauſa fecit, — — apparet non videri pro herede geſſiſſe. Et ideo ſolent teſtari liberi, qui neceſſarii exiſtunt, non animo heredis ſe gerere, quæ gerunt, ſed aut pietatis, aut cuſtodiæ cauſa, aut pro ſuo. Da denn nur geſaget wird, daß um allen Zweifel zu heben, eine ſolche Proteſtation von den Kindern eingewand zu werden pflege, nicht aber, daß es von allen Erben geſchehen müſſe, ſondern das Geſetz machet vielmehr zur Regel, eum, qui quid pietatis cauſa fecit, non videri pro herede geſſiſſe, daher denn kein Actus pius aditionem hereditatis erweiſet (a), und von der Königl. Hannöverſchen Juſtizcanzley in Sachen Bobart contra Langenheim auch alſo am 25. Octob. 1759 erkand wurde.

(a) MENOCH de Præſumtionibus Lib. IV. Præſ. 101. n. 36. 70. 77. BARRY de Succeſſionibus Lib. XI. Tit. 3. n. 1. 2.

CVIII. Bedenken.

Zinſen von rückſtändigen Kaufgeldern ſind auch an den Orten mit den Capitalien zu bezahlen, allwo ſie ſonſt vor aller dieſer Abführung niemand empfänget.

Die Conſtitution von 1688 in den Calenbergiſchen Landesordnungen Cap. II. pag. 623. will, daß bey den Concurſibus creditorum durchgehends vorerſt die Capitalia abſonderlich nach der rechtlichen Ordnung eingetheilet, die Zinſe aber insgeſamt nach den Capitalien geſetzet werden ſollen. Das Wort *insgeſamt* ſchlieſſet aber nicht alle Ausnahmen von dieſer Regel aus, und iſt gebrauchet, um anzuzeigen, daß künftig nicht, wie es vorhin geſchahe, ein Unterſcheid zu machen ſey, ob die Zinſe von den drey letzten Jahren, oder von ältern Zeiten, unbezahlet blieben, maſſen ehemals jene, und nicht dieſe der Gläubiger mit dem Capital erhielte. Es lehret LEYSER Spec. 488. Med. 3. 4. Jura recentiora, quæ uſuras poſt omnes ſortes collocare jubent, ſtrictiſſime eſſe interpretanda, nec extendenda ad eas uſuras, quæ lucri rationem non habent. Der-

gleichen ſind die Zinſe, welche von Kaufgeldern rückſtändig ſind. Denn wenn ſie der Verkäufer nicht empfänget, ſo entgehet ihm zu ſeinem gröſten Schaden das Aequivalent der Früchte, welche der Käufer und nach entſtandenem Concurs ſeine Gläubiger genieſſen, mithin verlieret ſelbiger, was er als ein Intereſſe fordern kann (a). Gleiche Bewandniß hat es, wenn ein Vater ſeinem Sohn Güter, gegen Uebernehmung groſſer Schulden, abtritt, ſofern deren Aufkünfte die zu bezahlende Zinſe nicht überſteigen.

(a) CARPZOV Part. I. Conſt. 28. Def. 167. HORN Claſſ. 13. Reſp. 11. KESTNER de Uſuris pari gaudentibus privilegio cum ſorte in concurſibus creditorum th. 19. LEYSER Spec. 488. Med. 4. SCHNADERBACH de Petendis ex concurſu uſuris §. 9.

CIX. Bedenken.

Vom Mannthaler.

Den Mannthaler erlegen die Unterthanen auf dem Lande, wenn ſie ſich zum erſtenmahl verheyrathen (a). Er wird in den Amtsregiſtern denen Hoheitsgefällen beygezählet (b). Man begreifet aber darunter auch vielfältig die Fructus jurisdictionis. In dem Liebenburgiſchen Erbregiſter, ſo 1597, mithin zu der Zeit verfertiget iſt, als das Stift Hildesheimiſche Amt Liebenburg dem Herzogthum Braunſchweig einverleibet war, heiſſet es: „Flachsſtöckheim iſt auch im Gericht Liebenburg belegen. Aber alle Gerechtigkeit und Hochheit kömt denen von Schwicheldt zu. Denn es iſt ein Schwicheldts Dorf mit aller Hochheit.„ Gleichwol gehörte die Landeshoheit über ſelbiges ohne allen Streit dem Herzog von Braunſchweig, und ſie gehöret jezt dem Biſchof von Hildesheim. Die denen von Schwicheldt beygelegte Hoheit beſtehet nur in der Jurisdiction, und einer völligen Befreyung von der obrigkeitlichen Gewalt des Amts Liebenburg. Wäre die Entrichtung des Mannthalers, als eine Art der Steuren, durch allgemeine Landesverordnungen allen Unterthanen aufgeleget, ſo müſte er von allen Eingeſeſſenen der Königl. Aemter, auch der adelichen geſchloſſenen und ungeſchloſſenen Gerichte bezahlet werden. Dieſes aber geſchiehet nicht, und die Eingeſeſſene der Calenbergiſchen Aemter Blumenau, Ohſen, Lachen, Lauenau, Lauenſtein und Polle, auch vermuthlich mehre ſind davon befreyet; daher der Herr Ober-Appellationsrath PUFENDORF d. l. mit gutem Grunde ſchreibet: In præfecturis nonnullis Ducatus Calenbergici obſervatur, ut litones, cum

uxores ducunt, cenſum præſtant, qui vocatur Mannthaler; und in der Hildesheimiſchen Policeyordnung Art. 153. wird verboten, „das Manngeld beyzutreiben, wenn es nicht von Alters her dem Landesfürſten, Thumcapitel und andern Landſaſſen berechnet worden.„ Dieſes iſt, wie alte Nachrichten ergeben, anfangs nicht geſchehen, ſondern die Beamten haben den Mannthaler genoſſen, ihn nächſtdem aber, gleich andern Cammergefällen, in Rechnung bringen müſſen. Auch im Calenbergiſchen erheben ſolchen ſehr viele adeliche Gerichtsherren. Es hat damit vermuthlich eben die Bewandniß, als mit dem wöchentlichen Herrendienſt, welchen auswärtiger Guthsherren Meyerleute den adelichen Gerichtsherren leiſten. Die landesherrliche Beamte haben ihn eingeführet, und manche adeliche Gerichte ſind ihrem Exempel gefolget, welches der Landesherr geſchehen laſſen, damit nicht ſeine Befugniß von den Ständen angefochten werden mögte (c). In einem zwiſchen Jobſt von Bennigſen und dem Fürſtl. Amt Calenberg am 1. Dec. 1651 wegen der Gerichtbarkeit im Dorf Arnum errichteten Vergleich iſt folgendes verſehen: „Gleichergeſtalt hat auch endlich der von Bennigſen die Prätenſion auf den Mannthaler gänzlich fallen laſſen, alſo daß der Mannthaler hinführo dem Amt Calenberg auf begebene gewöhnliche Caſus allemal gereichet und bezahlet werden ſolle.„ Dieſer Vergleich wurde von dem Regierungsrath von Bennigſen deswegen angefochten, weil Jobſt von Bennigſen, von welchem er nicht abſtammet, ſeinen Lehnsfolgern zum Nachtheil, ſolchen Fructum Jurisdictionis wegzugeben unbefugt geweſen. Weil aber keinesweges erhellet, daß er die Erhebung des Mannthalers 1651 rechtlich hergebracht gehabt, mithin daß durch eben erwehnten Vergleich den Lehnsfolgern geſchadet worden, ſo iſt dem von Bennigſen von der Königl. Hannöverſchen Juſtizcanzley durch die Urthel vom 12. Nov. 1759 auferleget, das Amt Calenberg bey der Erhebung des Mannthalers aus dem Dorf Arnum ohnturbiret zu laſſen.

(a) Chur-Braunſchweigiſche Landesordnungen Cap. V. p. 79.

(b) Herr Ober-Appellationsrath PUFENDORF Part. II. Obſ. 166.

(c) Meine Commentation de Jure Villicorum Cap. V. §. 12.

CX. Bedenken.

Die Confirmationes der Eheſtiftungen geſchehen von den adelichen Gerichten, obwol ſie ſich über die Feldmark nicht erſtrecken, es wäre denn, daß an denen darin belegenen Gründen ein dingliches Recht erlanget werden wolte.

Das Amt Calenberg maſſete ſich die Confirmation der Eheſtiftungen in der von Bennigſen Gerichtsdorf Arnum an, weil es daſelbſt den Mannthaler zu erheben hat, und vermöge Constitutionis von 1620 in den Chur-Braunſchweig-Lüneburgiſchen Landesordnungen Cap. 5. pag. 53. „alle Verträge der Bauersleute vor den Fürſtlichen Officiren und Beamten aufgerichtet, oder doch ihnen offenbaret, und den Amtsbüchern einverleibet werden ſollen.„ Wenn dieſe Verordnung die Eingeſeſſene der adelichen Gerichte verbindet, ihre Eheſtiftungen von den Königlichen Aemtern beſtätigen zu laſſen, ſo iſt ſie durch einen mehr als hundertjährigen widrigen Gebrauch aufgehoben, wie denn auch in der Calenbergiſchen Canzleyordnung die Confirmationsgebühren wegen der Eherecesse den Untergerichten ohne Ausnahme zugebilliget werden (a). Das Erbguth des Meyers, worüber man ſie hauptſächlich errichtet, beſtehet gemeiniglich in den Gebäuden und Mobilien, welche demjenigen unterworfen ſind, der die Gerichte im Dorf hat. Wolte aber jemand ein dingliches Recht an denen in der Feldmark belegenen Gründen mit gutsherrlichen Conſens erlangen, ſo muß er ſich allerdings an denjenigen wenden, dem die Gerichte im Felde zuſtehen (b), und iſt in Sachen des Amts Calenberg wider den Regierungsrath von Bennigſen am 12. Nov. 1759 von der Königl. Hannöverſchen Juſtitzcanzley alſo erkand.

(a) Churfürſtl. Braunſchweig-Lüneburgiſche Landesordnungen Cap. II. p. 333.

(b) Herr Ober-Appellationsrath PUFENDORF de Jurisdictione.

CXI. Bedenken.

Von Feldgerichten.

Nicht ſelten entſtehet die Frage: Ob die über ein Dorf jemanden verliehene Gerichte ſich im Zweifel auch über die dazu gehörige Feldmark erſtrecken? und es gewinnet das Anſehen, als ſey dieſelbe zu verneinen, weil 1) durch ein

Dorf eine Menge Wohnungen verſtanden wird (a). 2) Theilen die Lehn- und andere Briefe vielfältig denen von Adel die Gerichtbarkeit ausdrücklich im Dorfe und im Felde mit, welches überflüſſig wäre, wenn das Dorfgericht das Feldgericht unter ſich begriffe. Marggraf Heinrich von Meiſſen beſtätigte 1269 einen Kaufbrief, mittelſt deſſen das Cloſter Doberlug erhielte, Villam cum judicio tam in ipſa villa, quam in campis ad eandem villam pertinentibus (b). Die Grafen von Metternich ſind beliehen zu Beßingen mit dem Gericht inwendig und auswendig, auch zu Bentorf mit dem Gericht binnen und auſſer dem Dorf, und die von Bennigſen zu Bennigſen mit dem Gericht beweglich und unbeweglich, binnen und auſſen dem Dorf, ſo fern die Holzmark wenden. Die Zaungerichte erſtrecken ſich 3) auf keine von denen ihnen unterworfenen Höfen entlegene Länderey (c), und in Bayern erhielte der Adel anfangs die Gerichte nur über ſeine Leute, die er mit Thür und Thor beſchloſſen hatte. Durch ein beſonderes Privilegium wurden ſie 1516 auf die auſſerhalb des Dorfes gelegene zur Hofmarch gehörige Gründe ausgedehnet (d).

Allein wenn jemand 1) ein Dorf an ſich bringet, ſo erlanget er auch deſſen Zubehörungen, und beſonders die dabey gelegte Aecker, in deren Ermangelung die Häuſer nicht beſtehen können, daher dieſe ohne jene ſelten jemand geſchenket verlanget. Es iſt auch unter dem Wort Villa, Dorf, die Feldmark ausdrücklich mit begriffen in einem Privilegio Monaſterii Doberlucenſis von 1276, worin gemeldet wird, es habe beſagtes Cloſter gekaufet, pro centum & viginti duabus marcis argenti quæcunque *in eadem villa* aliquamdiu poſſederat Heinricus de Cnuſſyn dictus, *id eſt octo manſos* cum appendiciis agrorum, qui vulgariter nuncupantur Ubirland, & duobus ſtagnis & dimidio & ſylva dicta Gruntſch, & taberna & prato, nec non & judicio ſive hoc fuerit de reatu capitali, ſive de homicidio ſeu levioribus quibuscunque. Welches alſo teutſch gegeben wird: „Alliz daz Heinrich genant von Knuſſyn etzliche Zyth gehabt und beſezzin, *in denſelbin* Dorfe, daz alliz mit einander hat derſelbe Convent gekauft mit aller Vryheit um hundirt und zwo und zwanzig Mark Silbers, daz ſind acht Huven mit den Zugehörungen, die man nennet Ubirland, und mit drittehalb Tiche und dem Crug, und eine Weſe, und daz Gerichte, iz ſi Halzgerichte adir um Todtſchläge, adir um andere kleine Schulden (e).„ Da denn ausdrücklich geſaget wird, daß Heinrich von Cnußin 8 Hufen im Dorf beſeſſen habe. Es verkaufte auch 1324 Andreas von Sunneberch „das Dorfgericht des Dorfs zu dem Ruffers gar, als es von Herr Marchard und ſeinen Brüdern Herrn Hadmarn den Miſtelbecken gechaufet beyde zu Dorf und zu Felde (f);„ mithin erſtrecket

ſtrecket ſich dieſes Dorfgericht auch über das Feld. Wenn der Fürſt jemanden die Gerichtbarkeit über einen Ort verleihet, ſo will er, daß der Lehnmann die daſelbſt entſtandene Streitigkeiten ſchlichten, und die Verbrechen ſtrafen ſolle. Dieſes geſchiehet vielleicht kaum zur Halbſchied, oder doch gutentheils nicht, wenn die in der Feldmark vorfallende Streitigkeiten und verübte Verbrechen davon ausgenommen werden. Landesherrliche Conceßionen, bevorab wenn ſie mittelſt eines Contracts geſchehen, verſtatten keine ſolche Einſchränkungen (g).

2) Hat mich die Einſicht ſehr vieler Lehnbriefe überzeuget, daß diejenige Vaſallen, welchen die Gerichtbarkeit in der Feldmark zuſtehet, damit ſelten ausdrücklich, ſondern nur überhaupt mit dem Hauſe und Dorf mit allen Gerichten und Rechten, oder mit dem Dorf mit Gerichten, Zehenden, Höfen und Leuten dazu gehörende, oder mit der Voigtey, mit Gütern, Gülten, Dienſten, Nutz- und Gerechtigkeiten, oder mit der Burg und aller ihrer Gerechtigkeit im Waſſer, in Wieſen und Weiden, mit Ober- und Niedergerichten, oder mit dem ganzen Dorf daſelbſt, mit hohen Gerichten und Untergerichten, oder mit dem Dorf mit allen Rechten, Voigteyen und Gerichten beliehen ſind. Das Herkommen beſtärket alſo die Deutung der Lehnbriefe nicht, welche die darin mitgetheilte Gerichte auf den Ringzaun des Dorfes, oder 120 Schuh auſſer demſelben einſchränket. Zu Herzog Julii und Henrich Julii von Braunſchweig und Lüneburg Zeiten hat man zwar dieſes Principium in den Fürſtenthümern Braunſchweig-Wolfenbüttel und Calenberg einzuführen ſich bemühet, und mancher Landſaſſe, um einen koſtbaren Proceß zu vermeiden, ſich ſolches gefallen laſſen (h). Andere aber ſetzten ſich dawider, und behaupteten, fürnemlich durch Appellationes an die Reichsgerichte, die Juriſdiction in der Feldmark (i). Daß in einigen Lehnbriefen, bevorab auswärtiger Lehnsherrn, dieſe ausdrücklich verliehen worden, iſt aus Vorſichtigkeit geſchehen, und man findet in alten und neuen Briefen viele Clauſulas abundantes (k). In den mitlern Zeiten ſind wohl Manſi und Villæ cum rubetis, auch Waldungen cum paſtionibus porcorum & inciſionibus arborum verkauft (l). Solte deswegen wohl jemand dafür halten, daß die Sträuche dem Eigenthümer des Landes, worauf ſie ſtehen, und das Jus lignandi & ſaginandi dem Waldherrn nur gehören, wenn ſie ihm ausdrücklich übertragen worden?

Mit den Zaun- und Pfahlgerichten hat es 3) eine andere Bewandniß. Denn dieſe ſchränket ſelbſt ihre Benahmſung auf die Wohnungen, und die ſelbige umgebende Zäune ein, mithin wird der auſſer den Zäunen liegende Acker

davon

davon ausgeſchloſſen. Der Herr Ober-Appellationsrath PUFENDORF de Juriſdictione Part. II. Sect. 5. Cap. un. §. 26. lehret, Juriſdictionem villæ ex veterum inſtitutis ad campos quoque, prata & boscum villæ pertinuiſſe, und STRYK U. M. ff. Tit. de Juriſdictione §. 20. daß die Jurisdiction ſich über die zum Dorf gehörige Aecker erſtrecket, weil ſelbige als ein Acceſſorium pagi ejusdem juris cum re principali ſeyn. Es komt vornemlich auf das beſondere Herkommen eines jeden Orts an, bevorab im Fürſtenthum Calenberg, allwo der Gandersheimiſche Landtagsabſchied Art. 27. verordnet, daß ein jeder bey demjenigen gelaſſen werden ſoll, was er an einer oder mehren Speciebus Juriſdictionis von Alters her, bis auf Abſterben Herzog Erichs des Jüngern, in üblichen Gebrauch geruhiglich hergebracht. Deswegen ſind die Gerechtſame der adelichen Gerichtsherren gar ſehr unterſchieden, weil von einem den Fürſtl. Aemtern mehr eingeräumet worden, als von dem andern (m). Es haben die Gerichte in den Feldmarken annoch das Cloſter Marienrode zu Rienhof, die von Bock zu Wülfingen, die von Bennigſen zu Bennigſen, das Cloſter Wennigſen zu Wennigſen, die Grafen von Platen zu Linden, die von Lenthe zu Lenthe, die von Kniggen zu Leveſte, das Cloſter Barſinghauſen zu Barſinghauſen und Altenhof, die von Haken zu Diederſen und noch mehre. Hingegen mangelt es daran den von Bennigſen zu Arnum, und den von Rößing zu Rößing. Im Zweifel lieget meines Ermeſſens den Königl. Aemtern der Beweis ob, daß die Feldmarken der adelichen Dörfer ihrer Gerichtsbarkeit unterworfen ſind.

(a) WACHTER in Gloſſ. voc. Dorf.

(b) LUDEWIG in Reliquis MSS. Tom. I.

(c) STRYK de Juriſdictione circumſepta Cap. 4. n. 10.

(d) Der Chur-Bayerſche Geheimte Canzler Freyherr von KREITMAIR in den Anmerkungen über den Codicem Juris Bavarici Judiciarii p. 33.

(e) LUDEWIG d. l.

(f) Ibid. Tom. IV.

(g) L. 3. ff. de Conſtitutionibus Principum. SCHILTER Ex. I. §. 22. STRYK de Privilegiorum interpretatione Cap. 5. n. 100. RICHTER Vol. II. Conſ. 86. n. 29. LEYSER Spec. 10. Med. 3.

(h) Meine Nebenſtunden Part. I.

(i) Meine Rechtliche Ausführung, daß das adeliche Geſchlecht der von Steinberg in dem Beſitz der Obergerichte im Amt und Gericht Bodenburg, zu

Salzdet.

Salzdetfurt, Deſtrum und in deſſen Feldmarken, wie auch zu Brüggen und in daſiger ganzen Feldmark, mithin bey den Untergerichten zu Möllenſen, Hönze und Sack, und in dieſer Dörfer Feldmark zu ſchützen Cap. 3. §. 16. 17.

(k) HARPPRECHT Conſ. 73. n. 151. 152. WERNHER Part. I. Obſ. 205. n. 109.

(l) STAPHORST Hiſtor. Hamburg. Eccleſ. Diplom. Part. I. p. 441. 450. WESTPHALEN Rer. Cimbr. Tom. II. p. 280. 2228.

(m) Meine Nebenſtunden Part. V.

CXII. Bedenken.

Nicht alles, was die Lehnbriefe enthalten, iſt der Vaſall vom Lehnsherrn zu fordern befugt.

Die mehreſte Lehnbriefe enthalten Stücke, welche der Lehnmann nicht beſitzet. Weiß derſelbe, oder kann wiſſen, daß ſie ein anderer in vieljährigen Genuß hat, und ihn der Lehnsherr dazu nicht verhelfen mag, ſo muß er dieſen keine Gewehrleiſtung anmuthen (a). Nicht ſelten ſind ſie aber in des Herren Händen, und die Aemter haben Rechte hergebracht, womit der Landesherr ſeine Landſaſſen belehnet. Von dem Königl. Ober-Appellationsgericht iſt am 14. April 1716 in Sachen von Spörken, wider das Amt Medingen erkand, „daß durch die jedesmalige Erneuerung der Inveſtitur die vorhin angefangene Verjährung unterbrochen, und das aus den alten Lehnbriefen erhaltene Recht erneuert worden (b).„ Die von Bennigſen ſind von der Landesherrſchaft beliehen mit dem Gericht, freyen Kruge, Sitze und Schäferey zu Arnum innen und auſſen, ſo fern der Zehendwage gehet. Jobſt von Bennigſen hatte ſich aber mittelſt des Vergleichs von 1651 der Jurisdiction in der Feldmark begeben, und dennoch war der Lehnbrief ungeändert blieben. Seine Agnaten und Lehnsfolger fochten dieſen Vergleich nach langen Jahren an, und vermeynten, daß allenfalls der Landesherr das mittelſt deſſelben erlangte Recht durch die jüngere Belehnungen dem Lehnmann von neuen ertheilet habe. Es ſind aber 1) die angeführte Worte des Lehnbriefes keinesweges ganz deutlich, und muß nicht nothwendig das Auſſen und Innen von den Gerichten verſtanden werden, ſondern man kann es auf die Pertinenzien des adelichen Sitzes deuten, welche theils im Dorf, und theils auſſer demſelben befindlich ſind. Daß die Lehnbriefe

nach

nach dem Vergleich ungeändert bleiben, daraus erhellet, daß man jenen einen mit dieſen ſich reimenden Verſtand beygeleget hat. Wäre aber auch ſolches ganz unthunlich, ſo iſt dafür zu halten, daß die Lehnscurie von denjenigen, was mit dem Amt verglichen worden, nichts in Erfahrung gebracht, mithin der Lehnbrief aus Irrthum in der alten Form ausgefertiget worden, maſſen keinesweges zu vermuthen, daß der Lehnsherr vom Vergleich zurücktreten, und dem Lehnmann eine neue Gnade durch die Belehnung erweiſen wollen, da er über jenen beſtändig mit Nachdruck halten, was dawider vorgenommen werden wollen, ſtrafen, und der Vaſall es dabey bewenden laſſen, ohne ſich auf den Lehnbrief zu beziehen. Das Königl. Ober-Appellationsgericht will nur, daß die Renovation der Inveſtitur die Verjährung, nicht aber, daß ſie ausdrückliche Verträge entkräftet, und iſt ehe zu vermuthen, daß der Lehnsherr von der Vaſallen Verſäumniß keinen Gebrauch machen, als daß er ſich ſeines durch Vergleiche erlangten Rechts begeben wollen. Die Königl. Hannöverſche Juſtizcanzley hat in Sachen des Amts Calenberg wider die von Bennigſen am 12. Nov. 1759 alſo erkand.

(a) 2. Feud. 8. pr. ROSENTHAL de Feudis Cap. 8. Concl. 30. num. 1. VOET ad ff. Tit. Evictionibus §. 14. HEINECCIUS Reſp. 12. n. 30.

(b) Des ſeel. Herrn Hofraths BILDERBECK Deduction von des Cloſters St. Michaelis Jurisdictione omnimoda über deſſen ſämtliche Leute und Höfe p. 102. & in App. n. 69.

CXIII. Bedenken.

Von den Erkentniſſen der Reichsſtände und anderer auswärtiger Lehnsherren über ihre in den Chur-Braunſchweigiſchen Landen belegene Lehngüter wird nicht an den Oberlehnsherrn, ſondern an den Landesherrn appelliret.

Daß auswärtigen Lehnsherren die richterliche Erkentniß zuſtehet, wenn zwiſchen ihren Vaſallen über die in den Chur-Braunſchweigiſchen Landen belegene Lehngüter geſtritten wird, ziehet niemand in Zweifel. Die Königl. Landesregierung reſcribirte am 30. Mart. 1741 der Königl. Juſtizcanzley, „einem Domino directo könne die Jurisdiction über ſeinen Lehnmann in cauſis feudalibus nicht geſtritten werden;„ und ſie billigte es am 18. Nov. 1758, daß die Sache Deneke contra Deneke aus dieſem Principio an den Heßiſchen Lehnhof verwieſen

 wurde,

wurde, jedoch mit Vorbehalt der Appellation von deſſen Erkentniß, „maſſen, wie die Worte des Reſcripti lauten, man von dem bey der Lehncammer einmahl angenommenen Satz, daß die Appellation von dem auswärtigen Lehnrichter ſchlechterdings an den Dominum territorialem gehen müſſe, nicht abweichen kan, dagegen aber auch auswärtigen Lehncurien die für begründet erkandte Cognition in der erſten Inſtanz nicht zu entziehen iſt.„ Die gemeinere Meinung gehet ſonſt dahin, daß von den Lehnsherrn an den Ober-Lehnsherrn appelliret werden müſſe (a). Verſchiedene Rechtslehrer aber mißbilligen ſie (b), und die Göttingiſche Juriſtenfacultät läſſet ſich in einem Reſponſo hievon alſo vernehmen: „Wenn die Frage entſtehet: An & quo cauſa feudalis jam judicata devolvi poſſit? ſo iſt darauf die Antwort: Ad neminem niſi a Principis ſummum Tribunal.„ Die teutſche und longobardiſche Lehnrechte berühren dieſe Frage nicht, weil zu den Zeiten, als ſelbige abgefaſſet ſind, man von der Landeshoheit weder in Italien noch in Teutſchland etwas wuſte, mithin nicht verordnen konte, daß der Landesherr ſchuldig ſey, ſeine Unterthanen in Lehnſachen dergeſtalt für auswärtige Gerichte ziehen zu laſſen, daß ſie von den Seinigen ganz unabhängig werden. In den mittlern Zeiten iſt ſelbigen vielfältig verſtattet, auſſer Landes Recht zu ſuchen (c), welches, nachdem die jetzige Gerichtsverfaſſung eingeführet worden, ſelten geſchiehet, und duldet man heutiges Tages nicht leicht die mindeſte Schmälerung der ordentlichen Gerichtbarkeit, ohne deren Nachtheil keinem fremden Fürſten veſtattet werden kan, über Güther, welche dem Landesherrl. Gerichtszwang unterworfen ſind, dergeſtalt zu erkennen, daß er deſſen höheren Gerichten davon keine Red und Antwort geben dürfe. Eben deswegen wird auch in den Braunſchweig Lüneburgiſchen Landen von den Meyerdingen an die höhere Landesgerichte appelliret, obwohl es ehmals bey jener Ausſprüchen ſchlechterdings ſein Bewenden hatte, und im Stift Hildesheim annoch hat (d). Auf des Landesherren Genehmhaltung, und keinesweges auf den Lehnscontract gründet ſich die richterliche Gewalt auswärtiger Lehnsherrn, in Lehnſachen, als welche ihnen ein mittelbarer Vaſall nicht ertheilen können (e). Sie iſt daher ſtricte zu erklären, und des Lehnrichters gänzliche Unabhängigkeit nimmer zu vermuthen, noch dem Lehnsherrn eine mehre Gerichtsbarkeit einzuräumen, als er hergebracht hat. Kein Reichsſtand mag ſich hierüber mit Grunde beſchweren, da man ihm ein gleiches Recht wegen der in ſeinem Lande befindlichen Braunſchweig-Lüneburgiſchen Lehne gönnet, und beyderſeitige Unterthanen dadurch der groſſen Laſt entlediget werden, in der Fremde Recht zu ſuchen.

(a) SCHILTER ad J. F. A. Cap. 18. §. 2. MAIER ad S. J. F. Cap. 33. pag. 936.

(b) TITIUS Jur. priv. Lib. XI. Cap. 20. §. 18. Herr B. von SENKENBERG Jur. feud. §. 444. Herr Ober=Appellationsrath PUFENDORF Part. I. Obſ. 100.

(c) ENGELBRECHT de Servitutibus Juris publici Sect. 2. Memb. 2. §. 12. 13.

(d) Herr PUFENDORF d. l. Meine Tractation de Bonis Meierdingicis §. 38. 39.

(e) Herr Hofrath G. L. BOEHMER de Judice feudorum extra curtem §. 12.

CXIV. Bedenken.

Von dem Foro continentiæ in Lehnſachen.

Es iſt den gemeinen Rechten gemäß, und in der Chur-Braunſchweigiſchen Ober-Appellations-Gerichtsordnung Part. II. Tit. 1. §. 8. verſehen, „daß wenn in Actionibus realibus die in Anſpruch zu nehmende Güter zum Theil in einem, zum Theil aber im andern der Chur-Braunſchweigiſchen Fürſtenthümer und Lande belegen ſind, der Kläger ſich ſogleich an das Ober=Appellationsgericht tanquam judicium commune wenden könne (a). Von dieſer Regul wollen einige wegen der Lehnsſachen deswegen eine Ausnahme machen, weil die Lehnsherrliche Gerichtbarkeit ſich in den zwiſchen dem Lehnsherrn und Vaſallen errichteten Vertrage gründe, und alſo jenen wider ſeinen Willen nicht entzogen werden könne (b). Ueberdem iſt in den beyden jüngſten Kayſerl. Wahlcapitulationen Art. 21. §. 1. von denen Kayſern verſprochen, „die Reichsſtände bey ihren Lehnsherrlichen Befugniſſen auch Gerichtbarkeiten in denen dahin nach den Lehnrechten gehörigen Fällen allerdings ohnbeeinträchtiget, und ihnen darin von keinem Reichsgericht neque ſub prætextu continentiæ cauſarum, neque judicii univerſalis, eingreifen zu laſſen.„

Ich vermeyne aber im CXIII. Bedenken gezeiget zu haben, wie unrichtig die Meynung derjenigen iſt, welche denen Unterthanen die Befugniß beylegen, ſich zum Nachtheil ihres Landesherrn durch den Lehncontract einer fremden Gerichtbarkeit zu unterwerfen, und daß von den Erkenntniſſen auswärtiger Lehnsherrn im Zweifel an den Landesherrn appelliret werden müſſe. Die Kayſerl.

Wahlcapitulationes ſchränken nur der höchſten Reichsgerichte Gewalt ein, und aus den bey deren Errichtung abgegebenen Votis erhellet, wie Chur-Braunſchweig nicht darin gewilliget hat, daß man ein neues Recht einführe, ſondern nur Churfürſten, Fürſten und Ständen das Recht erſter Inſtanz nicht widerrechtlich wollen nehmen laſſen (c). Auch iſt unglaublich, daß die Abſicht dahin gangen, einen Streit zu entſcheiden, welcher zwiſchen dem Landesherrn und denjenigen auswärtigen Lehnsherrn, die in ſeinen Landen Lehne beſitzen, zu Zeiten entſtehet, als wovon damals ganz keine Frage war. Wie demnach über der Succeſſion in die Braunſchweig-Lüneburgiſche, Heßiſche, Hildesheimſche, Corveyiſche, Oldershäuſiſche und Minnigerödiſche in dem Churfürſtenthum Braunſchweig und Lüneburg belegene Lehne, welche Chriſtoph Gottlieb von Daſſel beſeſſen hatte, geſtritten wurde, entſchiede die Königl. Hannöverſche Juſtitzcanzley, als das Judicium ſuperius aller ſolcher Lehnhöfe 1760 propter continentiam cauſæ dieſen Streit.

(a) Herr Ober-Appellationsrath PUFENDORF Tom. I. Obſ. 153. Tom. II. Obſ. 148.

(b) LYNCKER Anal. ad Struv. S. I. E. Cap. 16. §. 7. n. 4.

(c) MOSERS Anmerkungen über Kayſer Carl VII. Wahcapitulation Part. III. pag. 277.

CXV. Bedenken.

Ob die von einem Landesherrn ertheilte Lehnserpectanzen und Eventual-auch Samtbelehnungen ſeinen Nachfolger in der Regierung, bevorab in den Chur-Braunſchweigiſchen Landen verbinden.

§. I.

Keine Zubehörungen der Chur-Braunſchweigiſchen Lande können veräußert werden.

Ich habe bereits im I. Bedenken geſaget, daß die Verordnungen und Verträge eines Regenten ſeine Nachfolger in der Regierung zu erfüllen ſchuldig ſind, wenn ſie in der Abſicht gemachet worden, die gemeine Wahlfahrt zu befördern. Daß ſolches auch von den Lehnsexpectanzen, und denen, vor Erledigung der Lehngüter, denjenigen, die bisher kein Recht daran gehabt, ertheilten Eventual-und Samtbelehnungen mit guten Gründen behauptet werde, wenn ſich der Belehnte um das gemeine Weſen verdient gemachet hat, ziehen einige in Zweifel. Man vermeynet, es würden dadurch des Nachfolgers in der Re-

gierung

gierung Rechte geſchmälert (a), zu deſſen Nachtheil ein Vaſall nicht das mindeſte vornehmen, und ſo wenig jemand eines Rechts an den Lehnen theilhaftig machen, als ſie veräußern könne (b). Die Dienſte des Expectivirten und eventualiter Belehnten thäten nichts zur Sache, da er ſie auf das Beſte zu leiſten ſchuldig geweſen (c). Noch iſt zu behaupten, daß, weil die Herzogthümer Braunſchweig und Lüneburg aus Lehn und Erbe beſtehen, der Succeſſor ſingularis, des erhaltenen Erbes halber, ſeines Vorfahren Verſprechen erfüllen müſſe, maſſen Herzog Otto das Kind nach geſchehener Lehnsauftragung der ihm erblich zugeſtandenen Braunſchweigiſchen und Lüneburgiſchen Lande von Kayſer Friedrich II. 1235. cum civitate Brunſwich & caſtro Luneburch cum omnibus caſtris, hominibus & pertinentiis ſuis beliehen iſt, daher dann dieſer Herr alle ſeine Lande, die er bey dem Hauptcaſtro Lüneburg und der Stadt Braunſchweig gebrauchte, mithin das ganze Allodium Herzog Henrich des Löwen zu Lehn gemachet hat. In ſolcher Generalität werden die Braunſchweig-Lüneburgiſche Lehnbriefe bis auf den heutigen Tag abgefaſſet, und alſo mittelſt ſelbiger die Fürſtenthümer Braunſchweig und Lüneburg als Univerſitates, ſine expreſſione pertinentiarum, zu Lehn gegeben. Nur hat man gut gefunden, die neu erworbene Grafſchaften dem Lehnbriefe namentlich einverleiben zu laſſen. Deſſen ohngeachtet aber iſt das übrige im Zweifel für eine Zubehörung der Fürſtenthümer zu halten. Auch die erweisliche Erbſtücke ſind mit einem Fideicommiß, durch Verträge, und Teſtamente beleget, mithin erweiſet deren Beſitz nicht, daß der Regent ſeines Vorfahren Allodialerbe worden. Dergleichen Erbverträge finden ſich beym STUCKIO Conſ. 26. n. 81. 90. Herzog Heinrich der ältere thate ſeinen Ständen 1505 folgendes Verſprechen: „So wi ock in vortiden itliche Slöte und Dörpern unſes Landes vorgeven, unde utgeſettet, und verpendet hebben, vorplichten wi uns und unſe Erven, ein ſodanes forder nicht to doende, it enſchege, mit Wetende, Willen und Vollborde der genanten Prälaten, Ridderſcop, unde Städe.„ Auch in dem zwiſchen Herzog Heinrich und Herzog Ernſt 1592 errichteten Vertrag iſt geordnet: „Kein Theil ſoll etwas von Aemtern, Landen und Leuten veräußern, oder alieniren, ſondern alles jetzige, und was künftig noch mehr zukomt, ſoll beyſammen bleiben; und in Herzogs Georg letzten Willen vom 20. Mart. 1641 „daß kein regierender Herr ohne der andern von dem Teſtatore poſterirenden Linie vorgehabte ausdrückliche Beliebung einiges Amt, Stück oder Guth von den Braunſchweigiſchen Fürſtenthümern verſchenken, verſetzen, verpfänden, verkaufen und auf einigerley Maaße und Weiſe veräußern ſolle, auch daß alles, was dagegen über Zuverſicht etwa vorgehen mögte, von Unkräften und dazu, was dawider geſchiehet, ſo wenig die abſteigende

gende als Nebenlinie obligiret ſeyn ſolle.„ Der brüderliche Vergleich vom 10. Jan. 1646 beſtätiget dieſes alſo: „Zum 23ten wollen wir und unſere Nachkommen auſſer den Fällen, ſo in dem väterlichen Teſtament vermeldet, einer ohne des andern Conſens und Bewilligung von unſern Fürſtenthümern, Graf- und Herrſchaften einiges Amt, Stück oder Tafelguth nicht beſchweren, verpfänden oder veräußern, ſondern vielmehr uns angelegen ſeyn laſſen, daß wir unſere Land und Leute vermehren, und was demſelben zufället, unſern Fürſtl. Linien zum Beſten dabey conſerviren, und erhalten mögen (d).„ Auch hat Churfürſt Ernſt Auguſt p. m. in dem Teſtament von 23. Oct. 1698. ſeinen Nachkommen an der Regierung unterſaget „ein Amt, Stück, Gerechtigkeit oder Intrade des Herzogthums Braunſchweig und Lüneburg, und der dazu gelegten Lande zu veräußern, und wenn ſolches ja geſchehe, ſo ſolle es dennoch nichtig und kraftlos ſeyn, keinen Effectum juris haben, noch die Succeſſoren weder in abſteigender noch Seitenlinie im geringſten verbinden.„

(a) BEYER de Obligatione Succeſſoris Illuſtris §. 42. LEYSER de Iniquitate & recto uſu expectantiarum §. 22. Med. Vol. IV. p. 1277.

(b) STUCK Conſ. 26. n. 143 ſeq.

(c) KLOCK Tom. II. Conſ. 71. n. 38. Obſervationes Hallenſes Tom III. Obſ. 16. §. 15.

(d) RETHMEIERS Braunſchweig-Lüneburgiſche Chronik p. 850. 1672.

§. 11.

Wohl aber mag der Landesherr losgefallene Leben vergeben und darauf Anwartſchaften ertheilen.

Es können aber die Rechte eines die Landeshoheit zu Lehn tragenden Fürſten nicht ſo enge eingeſchränket werden, als anderer Lehnleute, weil die Wohlfahrt des Staats erfordert, daß man den Regenten mehre Gewalt beylege, und insonderheit muß er das Vermögen haben, wohlverdiente Leute, auf eine dem gemeinen Weſen am wenigſten läſtige Art, zu belohnen. Freylich thut ein Miniſter und General nur was ſeine Schuldigkeit erfordert, wenn er ſeinem Herrn auf das Beſte dienet. Aber die Menſchen ſind nicht ſo vollenkommen, daß man von ihnen aus dem bloſſen Trieb des Gewiſſens auſſerordentliche Bemühungen erwarten kan. Dazu müſſen ſie durch hoffende Vortheile angereizet werden. Mancher arbeitet viermal ſo viel als andere. Er richtet die wichtigſte Geſchäfte mit der gröſten Weisheit und Sorgfalt zum Nutzen des Herrn und der Unterthanen aus. Um demſelben Ehre zu machen, und den habenden Endzweck füglicher zu erreichen, verzehret er auf Geſandſchaften einen groſſen Theil des

Sei-

Seinigen. Ein Feldherr übernimmt die ſchwerſte Arbeit und das gröſte Ungemach, waget Leib und Leben, und führet die Kriegesheere mit ſolcher Klugheit an, daß er dadurch den Staat vom Untergang errettet. Wer würde ſich dazu entſchlieſſen, wenn er keine auſſerordentliche Belohnung und nicht mehr, als ſeine viel wenigerer Arbeit ſich unterziehende Collegen, zu erwarten hätte. Titel und Ehrenzeichen ſchätzet man höher als Reichthümer. Aber ſie gereichen demjenigen nur zur Laſt, der ſeiner erlangten Hoheit nicht gemäß leben kan, und fürchten muß, die Seinige in Armuth zu hinterlaſſen. Vielfältig ſind die Veräuſſerungen der Cammergüter dem Landesherrn verboten, und er kann ohne ſeine und des Landes gröſte Beſchwerden die ihm geleiſtete Dienſte, welche eine Vergeltung erfordern, mit Geſchenken nicht hinlänglich belohnen. Als die Königin Chriſtine in Schweden ſolches thate, geriethe ſie ſelbſt in Armuth. Heimgefallene Lehne theilen aber dem Regenten das Vermögen mit, auf eine dem Staat nicht beſchwerliche Art ſeine Dankbarkeit zu erweiſen. Daher denn vermöge des zwiſchen den Herren Herzogen zu Braunſchweig und Lüneburg Chriſtian Ludewig und Georg Wilhelm am 10. Jun. 1646 errichteten Receſſ. Art. 23. die adeliche, auch Bürger- und Bauerlehne, gräfliche Lehne allein ausgeſchloſſen, zu keinen Tafelgütern zu machen, ſondern wohlverdiente Leute damit zu belohnen ſind (a). Sie werden jedoch nicht immer zu der Zeit eröfnet, wenn die Belohnungen nöthig. Es iſt alſo dem gemeinen Weſen höchſt vorträglich, wenn der Landesherr mit Anwartſchaften eine Schuld abträget, die auf andere Weiſe nicht getilget werden kann. Im Durchl. Hauſe Braunſchweig und Lüneburg hat man ihm ſolches immer erlaubet, und obwohl der brüderliche Vertrag von 1442 denen Veräuſſerungen Ziel und Maaß ſetzet, ſo wird doch darin, Lehne zu vergeben, alſo einem jeden Herrn freye Hand gelaſſen: „Doch ſo mag unſer ein iglich in Gades Ehre geven, eigen, freyen, edder ſinen Mann und Underſatten wandlike Gnade don mit Güdern tho gevende und tho lehnende, alſe dat von unſern Oldern wente an uns gekomen is, wo id uns andern nicht vorſatliken tho Vorfang geſchehen, ohne Gefährde (b).„ In einem Conſilio beym Klock de Aerario Lib. 2. Cap. 40. n. 134. wird dieſes von Feudis infeudari ſolitis verſtanden, welche währender Regierung des Concedentis erlediget ſind. Die Worte des Vertrages erfordern aber keine ſolche Einſchränkung, und es iſt glaublich, daß deswegen der Lehne halber eine Ausnahme von der Regul gemachet worden, weil zu ſelbigen Zeiten die Erhaltung des Landes fürnemlich davon abhinge, daß der Landesherr mit einer ſtarken Anzahl wohl gerüſteter Vaſallen verſehen war, daher man die Belehnungen als keine dem Nachfolger im Regiment nachtheilige Sache anſahe. Es war auch in dieſem Jahrhundert eine gewöhnliche Gnade, wenn

der

der Lehnsherr jemanden Anwartſchaften und Eventualbelehnungen ertheite. Solches thate Herzog Albrecht von Braunſchweig 1479, und verſprach Henning von Steinberg gewiſſe Lehne, ſo die von Dörnten beſaſſen, folgendergeſtalt: In alle Mate, ſo de Hermen von Dörnten Söhne gebruken, unde von uns gedachten Fürſten unde unſern Voreldern zebliger tho Lehne hebben. Düßer vorgeſcrevenen Güder ſcall unde mag de genante Henning unde ſine Mann-Lives-Erben alle, nah Dode Hermens von Dörnten unde Hanſen ſeines Sohns, nah Lehnrechts Geböhre bruken, edder de einen andern tho vorlehnenden, unde wie boven beſcrevene Fürſt willen der benanten Güdere unſern Manne unde getruven Hennige von Steinberge unde ſin Mann-Lieves-Erben tho öhren Rechten der Lehnwaare daran rechte bekennige Herr und Währe weſen.,, Imgleichen 1485 demſelben die Güter, welche Hans von Steinberg von ihm zur Lehn truge, alſo: Wörd Sake, dat Gott der Allmächtige ſodenn verfögte, dat de genante Hanß Dodes halven und ſine Mann-Lieves-Erven itzund am Levende, unde noch mögten werden, afgingen, dat Gott friſte nah ſinen Willen, ſodann derſülven Linien Lieves natürlike Ervetheils nicht einvolgeten, unde der nein mehre en were, denne und nicht ehe, ſo ſchal unde mag ſich Henning edder ſine Mann Lieves-Erven düße Lehn-Waare gebruken, alle ſo Lehn-Rechts unde vorberorth iſt, und wie obbenante Fürſt edder unſe Erven willen den Henning edder ſinen Mann-Lieves-Erben itzund dieſes Gedinges und vor der Lehnwaare wi vorgedacht rechte bekennige Herr und Wäre weſen.,, Auch der mittelbare Adel ertheilte ſolche Anwartſchaften, und zwar 1435 Aſchwin von Steinberg Henrich Büngern auf ein Hufe Landes zu Bornem, welche ein anderer beſaſſe, auf deſſen Todesfall, mit dieſen Worten: „So alſe de Lüdeke tho düßer Tied van im tho Lehn heft, in düßer Wieſe wenn de vorſcreven Lüdeke vorfallen iſt von Dodes wegen, ſo mag Hinrick vorbenomt der Hofe Landes ſeck underwinden unde bruken, alſo Lehnsrecht, ſünder mine edder jemandes von miener wegen Inſage. Wäre et ock, dat düße vorſcrevene Hinrick Bünger vorfälle von Dodes wegen, ſünder mannlike Erven, de von ſinem Lieve gekomen wären, ſo ſchal eck des vorbenanten Hinricks ſinen Brödern Tielen, Hanſe dir Herman düſſe vorgenante Güdere lehnen öhren äldeſten tho ehnen Mann-Lehne.,, In einem dem obangeführten Receß vom 10. Jun. 1646 beygefügten Nebenreceß iſt verſehen, „daß wenn ein Benemeritus unterſchiedliche Expectanzien auf verſchiedene Fälle erlanget, en den erſten Fall, der ſich unter ſolchen expectivirten Lehnen zuträget, anzunehmen ſchuldig, und die übrige Expectanzien alsdenn aufgehoben und caßiret ſeyn ſollen.,, Man hat alſo feſtgeſtellet, daß der regierende Herr wohlverdienten Leuten Lehns-Expectanzen ertheilen kön-

ne

ne und ſolle; welchemnach deren Gültigkeit lediglich davon abhänget: Ob ſie 1) wohlverdienten Männern, und 2) nicht ſo häufig ertheilet worden, daß dem Nachfolger in der Regierung wenig Hofnung übrig bleibet, diejenige, welche ihm nützliche Dienſte leiſten, auf dieſe Weiſe zu belohnen. Es müſſen zwar 1) die Verdienſte erwieſen werden (c). Vieljährige Bediente ſind aber mit ſolchem Beweis zu verſchonen, wenn man ſie keines tadelhaften Betragens überführen kan, ſondern es iſt zu vermuthen, daß dieſelbe der erhaltenen Gnade werth geweſen. Unwürdige Lieblinge laufen jedoch Gefahr, daß, wegen Mangels wahrer Verdienſte, ihre Anwartſchaften unerfüllet bleiben.

Dem 2ten Misbrauch der Expectanzen, daß nemlich der regierende Herr damit zu freygebig ſeyn, und der Nachkommenſchaft nichts übrig laſſen mögte, womit ſie die ihr geleiſtete Dienſte vergelten kann, iſt in dem angeführten Receß dadurch ziemlicher maſſen vorgebeuget, daß einem jeden Benemerito, der auf mehre Lehne expectiviret iſt, nur eines zu Theil werden ſoll, und wenn ein Herr ungewöhnlich viele Anwartſchaften denjenigen gäbe, welche keine auſſerordentliche Dienſte geleiſtet haben, ſo wäre ſein Nachfolger unverbunden, ſie zu erfüllen.

(a) Rethmeiers Braunſchweig-Lüneburgiſche Chronic p. 1672.

(b) Stuck Conſ. 26. n. 191. 192. Klock d. l. n. 87.

(c) Besold Conſ. 151. n. 129. 130. Brunnemann Conſ. I. n. 293. ſeq. Richter Vol. I. Part. IV. Conſ. 42. n. 241. Stryck de Benemeritis Cap. 4. n. 66. 75. 76.

CXVI. Bedenken.

Die Chur-Braunſchweigiſche Expectanzen erlöſchen, wenn das Lehn, worauf jemand expectiviret iſt, bey ſeinen und ſeiner Söhne Lebzeiten nicht eröfnet wird.

In dem eben gedachten Nebenreceß vom 10. Jun. 1646 iſt auch verſehen, „daß wenn ſich die Eröfnung des Lehnſtücks oder Lehnguths, darauf jemand expectiviret, bey des erſten Acquirenten und Expectivirten oder deſſen Söhne Leben nicht begiebet, daß alsdann ſolche Expectanzien weiter nicht gültig ſeyn ſollen, es wäre denn Sach, daß berührter erſten Acquirenten Söhne ſich verdienet machten, und einer oder der andere bey dem regierenden Landes und Lehns-

 für-

fürſten weitere Extenſion auf ſeine Söhne, und alſo des primi acquirentis nepotes erlangte.„ Die Expectanzen ſind jedoch nach dieſer Zeit einigemal weiter ausgedehnet, und zwar mit dieſen Worten: Immaſſen wir denn allen und jeden Expectanzen, Belehnungen, Conceſſionen und Confirmationen, welche dieſen zuwider ertheilet werden mögten, inſonderheit auch dem am 10. Jan. 1646. in unſerm Fürſtl. Hauſe errichteten Receß §. zum Zehenden ꝛc. verſ. wie auch ꝛc. darin diſponiret, daß wenn einer unſerer Miniſtrorum und Diener unterſchiedene Expectanzien auf verſchiedene Lehnsfälle erlanget, derſelbe den erſten Fall, der ſich mit ſolchen Lehne zuträget, anzunehmen ſchuldig, und die übrige Expectanzien alsdann erlöſchen; imgleichen, wenn ſich die Eröfnung des Lehnſtücks oder Lehnguths, darauf jemand expectiviret, bey des erſten Acquirenten und Expectivirten oder deſſen Söhne Leben nicht begiebet, alsdenn ſolche Expectanzien weiter nicht gültig ſeyn ſollen; imgleichen der Regul, daß derjenige, der eine Specialexpectanz auf ein gewiſſes Lehnguth erlanget hat, wenn ſie ſchon der Zeit nach jünger iſt, demjenigen vorzuziehen ſey, dem eine Generalexpectanz auf das Lehn, ſo zuerſt eröfnet werden wird, ertheilet iſt, und in ſumma allen dem, was dieſer unſerer Expectanz ſonſten etwa zugegen verfüget oder gehandelt werden könte oder mögte, hiemit ausdrücklich wohlbedächtlich derogiret, und reſp. ſolches alles, ſo viel gegenwärtige Verſchreibung betrift, doch ohne ſelbiges Ratione anderer in Conſequenz zu ziehen, aufgehoben und annulliret haben wollen.„ Ich halte nicht dafür, daß ſolches mit Beyfall Rechtens geſchehen. Bey Errichtung des Receſſes von 1646 gienge ſonder Zweifel die Abſicht dahin, etwas Unwiderrufliches feſtzuſtellen. Der Nebenreceß iſt eine Zugabe zum Hauptreceß, und in des letztern Prooemio heiſſet es, „daß zu getreuer Fortpflanz- und Erhaltung guten Vernehmens, und beſtändiger Einigkeit im Fürſtl. Hauſe, auch Land und Leuten zum friedlichen Wohlſtande und gedeihlichen Aufnehmen, nachfolgende immerwährende, unaufhörliche und unzergängliche Erbeinigung auch Eventual-Theil- und Vergleichung, daran nicht weniger alle Fürſtl. Erben und Nachkommen, regierende Herzoge der Fürſtenthümer Braunſchweig und Lüneburg, Celle und Grubenhagiſchen Theils in Ewigkeit gebunden ſeyn ſollen, getroffen und aufgerichtet worden.„ Was das Lehnweſen anlanget, ſo war der Endzweck dieſer, daß die regierende Herren durch Belehnungen und Anwartſchaften ihre Bedienten zum Fleiß und ſorgfältigſter Erfüllung der obhabenden Pflichten anmuthigen, jedoch aber es mit ſolcher Mäßigung thun ſolten, auf daß ihre Nachfolger nicht auſſer Stand geſetzet würden, wohlverdiente Leute gleichfalls zu belohnen, welches unbillig, und dem Durchl. Hauſe auch Land und Leuten ſchädlich iſt, der Sohn oder ein Agnate mag es thun.

Am Ende des Receſſes findet ſich folgende Clauſul: „Endlich damit dieſe zwiſchen uns aufgerichtete Erbvereinigung deſto kräftiger und verbindlicher ſeyn möge, ſo wollen wir nicht allein das väterliche Teſtament nach Inhalt deſſelben, ſondern auch gegenwärtigen Vertrag beyderſeits jetzo alſobald vermittelſt eines leiblichen Eides, worüber wir uns einer gewiſſen Formul verglichen, beſtätigen, und auch daran ſeyn, daß die Hochgebohrne Fürſten unſere freundlich vielgeliebte Brüder, und zwar Herzog Johann Friedrich, ſo bald er dieſer Orten wieder anlangen wird, Herzog Erneſtus Auguſtus aber, nachdem er das 18. Jahr erreichet, dergleichen thun und wirklich leiſten möge.„ Daß ſolche eidliche Beſtätigung von Churfürſt Ernſt Auguſt geſchehen, kan ich nicht verſichern, wohl aber, daß König Georg I. und Sr. regierende Königl. Majeſtät den Receß mehrmalen genehmiget haben, indem die den Expectivirten ertheilte Reſolutiones darauf ausdrücklich gegründet ſind. Selbſt in eben der angeführten Clauſula derogatoria iſt ſolches geſchehen. Dann deren hätte es nicht bedurft, wenn keine noch daurende Gültigkeit des Receſſes vorausgeſetzet wäre. Der Landes- und Lehnsherr will ihn nur ſpecialiter in einigen Fällen derogiren, welches wegen anderer zu keiner Conſequenz gezogen werden ſoll. Dieſe Ausnahme beſtärket die Regul.

Aber ſolte ein Landesherr nicht ſowohl befugt ſeyn dergleichen Verordnung aufzuheben, als ſein Vorfahr ſie machen können? Dieſes bejahet Textor de Pactis gentilitiis §. 26. alſo: Licet paſcicentes ſuo jure habeant poteſtatem condendi leges ſubditis tamen non poſſunt obligare per modum legis vel ſe invicem vel totam familiam futuri temporis, quia par in parem non habet jurisdictionem. Allein ſolche Verfügungen werden nicht aus landesherrlicher Gewalt, ſondern Kraft desjenigen Rechts gemachet, ſo einem jeden Eigenthümer zuſtehet, ſeinen Erben den Mißbrauch der Güter zu unterſagen, welche er ihnen hinterläſſet, gleichwie es auch in Teſtamenten geſchiehet (a). Dadurch erlangen alle Nachfolger im Regiment ein Recht, welches ihnen kein regierender Herr nehmen kan. Bleibet dieſen frey, dergleichen Receſſe aufzuheben, ſo ſind ſie ganz unnütz. Denn diejenige, welche ihre Enkel zum Schaden der Nachkommenſchaft verſorgen wollen, wirken noch leichter aus, daß dem Verbot in beſondern Fällen zuwider gehandelt wird, als daß man es gänzlich aufhebet.

(a) Ludolf de Introductione juris primogenituræ part. ſpec. § 13. n. 4.

CXVII. Bedenken.

Der ordentliche Herrendienſt wird im Fürſtenthum Calenberg nicht gemeiniglich dem Guthsherren, ſondern dem Gerichtsherrn geleiſtet.

Ich habe in meiner Commentation de Jure Villicorum Cap. 5. §. 12. 14. angemerket, daß in den Fürſtenthümern Calenberg und Wolfenbüttel, auch im Stift Hildesheim wenigen Guthsherrn ihre Meyer den gewöhnlichen Herrendienſt leiſten, wenn ſie nicht zugleich deren Gerichtsherren ſind. Die mehreſte Bauren tragen zwar dieſe ſchwere Laſt, aber den Königl. Aemtern, und den Landſaſſen in deren Gerichten ſie wohnen, zum Beſten, obwohl dieſelbe andere Guthsherren haben. Solche Dienſte leiſten die Eingeſeſſene den clöſterlichen und adelichen Gerrichtsherren zu Wennigſen, Barſinghauſen, Lenthe, Rößing, Wülfingen, Diederſen, Haſperde, Frenke, Ohr, Hämelſchenburg ꝛc. Deswegen reſcribirte die Hannöverſche Canzley unterm 10. May 1643. denen Beamten zu Grohnde, „daß wenn in währender Zeit, da das Schulenburgiſche Dorf Frenke beym Amt geweſen, die Schmiede und der Krughof auſſer des Dorfes alten Grenze, in des Amts Jurisdiction, auf dero Behuf erkauften Acker verleget und gebauet ſey, die Poſſeſſores ſich billig nach dem Amt zu richten, und was ſich gebühret, daſelbſt abzuſtatten hätten.„ Daher dann auch der Einwohner des Hauſes genöthiget worden, das Dienſtgeld beſagtem Amt zu zahlen. Es entſtund aber ein Streit über die Grenzen des Schulenburgiſchen Gerichts Frenke, welcher 1714 dergeſtalt entſchieden worden, daß das ehemalige Krughaus der Schulenburgiſchen Jurisdiction unterworfen bliebe, worauf der Herr Graf von der Schulenburg auch das Dienſtgeld von deſſen Einwohnern forderte, und 1758 eine gedeyliche Sententiam interlocutoriam von der Königl. Hannöverſchen Juſtitzcanzley erhielte, obwohl das Amt, beſage ſeiner Heberegiſter, wenigſtens ſolches Dienſtgeld von 1670 bis 1712 empfangen hatte, weil es währenden Streits wegen der Jurisdiction über beſagtes Haus geſchehen, und Lite pendente keine Verjährung läufet.

Dieſe Art des Herrendienſtes iſt, wie ich am angeführten Ort §. 12. gemeldet habe, zu neuern Zeiten eingeführet, und als eine Pflicht aller ſteuerbaren Unterthanen angeſehen, mithin er auch der Landſaſſen Gerichtsunterthanen angemuthet. Als Herzog Henrich der Jüngere die Schulenburgiſche Dörfer damit beſchwerte, ertheilte ſein Erbprinz Julius Fritzen von der Schulenburg eine ſchriftliche Verſicherung, „daß, wenn er den tödtlichen Abgang ſeines Herrn

Vaters

Vaters erleben würde, er dieſe Beſchwerde abſchaffen wollte, und die Leute, ſo Schulenburg in ſeinen Dörfern hatte, auf keine Dienſte gezogen werden ſollen, denn allein was andere des Fürſtenthums Braunſchweig befreyter von Adel Leute, als die von Steinberg zu Wiſpenſtein, verbunden ſeyn.„ Dieſer Fürſt erfüllete ſein Verſprechen, und verfügte 1568, daß die Leute in den vier Dörfern, Brökel, Heelen, Daſpe und Frenke auf keinen Dienſt ſeinethalben gezogen werden, ſondern ſich mit Gebot und Verbot nach Fritzen von der Schulenburg und ſeinen Lehnserben zu richten, und allein zu verhalten haben ſolten. Ließſe ihnen auch ſolches durch die Beamte der Herrſchaft Homburg öffentlich andeuten. Hieraus erhellet, daß nicht allen Eingeſeſſenen der adelichen Gerichte, ſondern nur einigen die Freyheit von den der Landesherrſchaft zu leiſtenden Dienſten eingeräumet worden, weil es ſonſt überflüßig geweſen wäre, zur Erläuterung des Fürſtlichen Reverſes, das Wiſpenſteiniſche Exempel anzuführen. Fritz von der Schulenburg muſte, ſo lange Herzog Heinrich der Jüngere lebete, nachgeben, welches auch vermuthlich von andern geſchehen, und daher rühret es, daß annoch einige adeliche Gerichtsdörfer, als Bennigſen, Arnum, Leveſte ꝛc. den wöchentlichen Dienſt dem Königl. Amt Calenberg leiſten. Die mehreſte aber haben es, gleich denen von der Schulenburg dahin gebracht, daß ihnen vergönnet wird, ihres Gerichts Eingeſeſſene zur Verrichtung desjenigen Dienſtes anzuhalten, welchen die Amtseingeſeſſene an die Königl. Aemter thun.

Den Guthsherrn gebühret er in regula keinesweges, wenn ſie ſich nicht in den Meyerbriefen ein und andere Fuhren oder Hofdienſte bedungen, oder denjenigen erweislich hergebracht haben, welchen andere Meyer denen Aemtern und Gerichten leiſten.

CXVIII. Bedenken.

Wenn ein Ausländer den ihm vorbehaltenen Beweis deswegen nicht zu rechter Zeit beybringet, weil ſeine Landesobrigkeit die Competenz des denſelben erfordernden Gerichts in Zweifel ziehet, ſo iſt er wider den Ablauf des Termini probatorii in integrum zu reſtituiren, folglich mit dem anerbotenen Beweis annoch zu hören.

Es iſt eine heilſame Verordnung der Römiſchen Rechte, daß was von einem Gericht füglich entſchieden werden kan, nicht an mehre zu bringen ſey. Inſonder-

ſonderheit wird vor dem Gericht, in welchem ein Cridarius wohnet, der Concurs angeſtellet, und ſeine Güther vertheilet, auch diejenige, welche dieſem Gericht nicht unterworfen ſind, weil es zum Aufenthalt der Sache, und der Koſten Vermehrung gereichet, wenn ſolches in foro rei ſitæ geſchehen müſte, maſſen ſodann bey manchen Verfall des Schuldners viele Concursproceſſe entſtehen würden. Daß dieſes den gemeinen Rechten gemäß, und die Gerichte eines Landesherrn ſolche zu befolgen ſchuldig ſind, daran zweifle ich keinesweges. Es iſt aber ſtreitig, ob ſich ſolches Recht auf die in mehren teutſchen verſchiedenen Reichsſtänden unterworfenen Landen befindliche Gerichte ſchicket. Man kan einwenden, von ſelbigen handelten die Römiſche Geſetze nicht, ſondern von den Gerichten eines Landesherren, denen er willkührlich Schranken ſetzen kan. Sie wären nur ſo fern in Teutſchland angenommen, als der Landesherrlichen Hoheit dadurch kein Abbruch geſchiehet. Ein Fürſt ſey unverbunden, über die in ſeinem Lande belegene Güter auswärtige Richter erkennen zu laſſen, damit die Handhabung der Gerechtigkeit beſchleuniget werde. Dieſe Meinung beſtärket SCHILTER Ex. 6. §. 23. alſo: Cum jus Romanum tantum de magiſtratuum proroganda jurisdictione diſpoſuerit, Status autem jure magiſtratuum non habeant Jurisdictionem, ſed jure dominii, igitur nec diſpoſitio juris Romani ad hanc temere extendenda eſt, præſertim cum nec talem legem ſtatus Reipublicæ noſtræ admittere poſſet. Neque enim de Principum & Dominorum territorialium jurisdictione proroganda Impetater tale quid ponere & ſancire poteſt, quin alteri id, quod jure dominii ſemel quæſitum habet, ſine facto ipſorum, & non ſine injuria auferet (a). Es iſt zwar hier die Rede von einer Prorogatione jurisdictionis voluntaria, und STRYK U. M. Tit. de Jurisdictione §. 23. 24. hält ſie für erlaubet. Handeln aber die Römiſche Geſetze, wenn ſie die Gränzen der Gerichtsbarkeiten beſtimmen, nur von ſolchen Richtern, deren Befugniſſe der Geſetzgeber des gemeinen Beſtes halber ſchmälern kan, ſo verbindet auch unſere Fürſten nicht, was ſie von dem Foro continentiæ ordnen, weil ihre obrigkeitliche Gewalt unwiderruflich iſt. Ferner räumet STRYK d. l. §. 24. ein, daß ein Landesherr ſeinen Unterthanen verbieten möge, an ausländiſche Gerichte ſich zu wenden, und will nur, daß ſolches für erlaubet zu halten, ſo lange es unverboten iſt. Dieſerwegen wird nicht ſelten, wenn des Cridarii Güter in mehren Landen befindlich, in jedem ein beſonderer Concurs angeſtellet (b). Der Herr Ober-Appellationsrath PUFENDORF meldet Tom. I. Obſ. 217. daß in Sachen der Bulowiſchen Creditoren der auswärtige Richter des Königl. Ober-Appellationsgerichts Subſidialrequiſition keine ſtatt finden laſſen wollen, und der Königl. Hannöverſchen Juſtizcanzley iſt es in verſchiedenen Fällen eben alſo ergangen.

gangen. Man überkam einſt Gelegenheit, ſich ſelbſt zu helfen, und an einem in hieſigem Lande belegten Capital wegen des Schadens zu erholen, welchen die verweigerte Einlaſſung eines auswärtigen Gläubigers im Concursproceß denen übrigen verurſachte. Er ſahe ſich dadurch genöthiget, den ihm vorbehaltenen Beweis anzutreten. Der Curator bonorum vermeynte aber, daß, da der Terminus probatorius zu laufen angefangen, ſobald die den Beweis erfordernde Sentenz rechtskräftig worden (c), ſelbiger längſt verſtrichen ſey. Es litte dieſes auch keinen Zweifel, wenn der gemeinſame Richter beyder ſtreitenden Gerichte ſie abgefaſſet hätte. Aber die hieſige Erkenntniſſe konnten wider ein auswärtiges Juſtizcollegium, welches ſeinen Unterthanen die Einlaſſung verboten, ſo wenig die Kraft einer Urthel haben, als dieſes bemächtiget war, ſich pro Judice competente dergeſtalt zu erklären, daß der Curator bonorum dadurch verbunden wäre, vor ſelbigen eine beſondere Klage wegen der darunter befindlichen Güter anzuſtellen. Beyde Theile verfuhren in ihrer eigenen Sache als Partheyen, und behaupteten das Recht, welches ihnen vermeintlich zuſtehet, ſo gut ſie konten; bey welcher unentſchiedenen Colliſione dicaſteriorum es dem auswärtigen Gläubiger nicht zu verdenken war, daß er die hieſige Gerichtbarkeit nicht ehe anerkandte, bis ihn die Furcht eines gröſſern Verluſtes dazu nöthigte, weswegen derſelbe 1759 von der Königl. Hannöverſchen Juſtizcanzley annoch zum Beweis gelaſſen, und allenfalls contra lapſum termini probatorii in integrum reſtituiret wurde.

(a) Dieſe Meinung hegen auch LYNCKER Vol. I. Reſp. 47. n. 56. COCCEIUS Vol. II. Reſp. 726. n. 3. WERNHER Part. III. Obſ. 114. HERTIUS Vol. II. Dec. 552. BEYER de Jurisdictione incompetentis Judicis in non ſubditos per prorogationem fundata Sect. I. §. 15.

(b) BOEHMER Tom. II. Reſp. 414. n. 13. ſq.

(c) CARPZOV Lib. 3. Tit. 7. Reſp. 68. n. 6. MEVIUS Part. I. Dec. 101. BERGER O. J. Lib. 4. Tit. 24. §. 15. not. 3. LEYSER Spec. 258. Med. 6.

CXIX. Bedenken.

Derjenige iſt weniger ſtrafbar, welcher geglaubet, das verbrauchte fremde Guth erſetzen zu können, und vermuthlich die Abſicht gehabt, ſolches zu thun, als wer mit Vorſatz jemanden um das Seinige bringet.

Die Helmſtädtiſche Juriſtenfacultät hielte dafür, daß derjenige auſſerordentlich zu beſtrafen ſey, welcher die Meinung nicht gehabt, die angegriffene Herrſchaftliche Gelder unterzuſchlagen, ſondern ſie nur bey der ihn dringenden Noth, zu Rettung ſeines Credits, gebrauchet hatte, und nicht anders denken können, als daß ſein Vermögen zur Erſetzung überflüſſig zureichen würde. Dieſe Meinung billigte LEYSER beſage Spec. 535. Med. 14. anfangs. Er verwarf ſie aber nach der Zeit, quia eſt factum per ſe malum legibusque vetitum, res alienas auferre, vel fidei ſuæ commiſſam pecuniam in ſuos uſus vertere, quod, quocunque animo fiat, dolus eſt. Daß es ſtrafbar ſey, wenn ein Rechnungsbedienter ſolchergeſtalt wider ſeine Inſtruction handelt, daran zweifle ich keinesweges. Wer fremder Leute, und inſonderheit ſeiner Herrſchaft Geld gegen ihren Willen gebrauchet, in der Abſicht, ohne deren Nachtheil ſich einen Vortheil zu verſchaffen, handelt übel, derjenige aber viel übler, welcher nicht einmal die Intention gehabt, das Empfangene und Verbrauchte zu erſetzen. Bey Beſtimmung der Strafen iſt aber vornehmlich auf die Abſicht des Thäters das Augenmerk zu nehmen. Die Chur Braunſchweigiſche Conſtitution vom 15. April 1705. Art. I. will, „daß nur alsdenn ein Rechnungsbedienter am Leben geſtrafet werden ſoll, wenn er mit Betrug 100 oder mehre Thaler entwendet oder unterſchläget. Diejenige, welche mit den herrſchaftlichen Geldern für ſich Handel und Wandel treiben, oder dieſelbe auf einige Weiſe mit den Ihrigen vermiſchen oder verſetzen, ſollen, beſage des Art. II., nur ihrer Bedienung verluſtig ſeyn, und noch dazu willkührlich hart geſtrafet werden (a).„ Der Gebrauch Herrſchaftlicher Gelder wird daher nicht ſolchergeſtalt geahndet, als wenn ſie der Rechnungsbediente vorſetzlich unterſchläget.

(a) Chur-Braunſchweigiſche Landesordnungen Cap. II. p. 677.

CXX. Bedenken.

Den Gläubigern kommen alle Rechte zu, welche dem Cridario aus denen zu ſeinem und der Seinigen Beſten errichteten Verträgen zuſiehen.

Mevius trate ſeinem Sohn Titio anſehnliche Güter ab, wogegen dieſer 30000 Rthl. väterliche Schulden übernahm, dergeſtalt, daß er vorerſt 20000 Rthl. zu bezahlen, und den Reſt der 10000 Rthl. zu verzinſen, demnächſt aber abzuführen verſprach. Als es mit des Vaters Gütern zum Concurs gediehe, drunge der Curator bonorum auf die Bezahlung dieſer 10000. Rthl. Titius verweigerte dieſelbe, weil er ſich nur verbunden, ſie demnächſt zu thun, wenn es nemlich ſeine Umſtände leiden, und inſonderheit ihn eine hoffende Erbſchaft in den Stand ſetzen würde, das Capital abzutragen. Es legten auch drey Urtheile dem errichteten Receß einen ſolchen Verſtand bey. Als aber Titius gleichfalls Bonis cediren muſte, ſo entſtunde der Zweifel, ob die ihm bedungene Dilation auch ſeinen Creditoren zu ſtatten komme, oder ob die väterliche Gläubiger nunmehro begehren könten, daß die Zahlung der 10000 Rthl. aus des Sohnes Habſeligkeit ohne weitern Verzug geſchehe? Man mögte dafür halten, als ſey es ein Beneficium perſonale, das in des Sohnes Willkühr geſtellet worden, zu einer ihm gelegenen Zeit zu zahlen. Deſſen könne ſich alſo ein Ceſſionarius nicht bedienen, der ſein eigenes und nicht des Cedentis Geſchäfte betreibet, bevorab wenn dem letztern aus der verzögerten Zahlung kein Vortheil entſtehet (a). Dem Cridario kann es aber gleichgültig ſeyn, wem die Güther zugetheilet werden, welche er fahren laſſen müſſen. Allein es wird das durch einen Contract erlangte Recht billig pro reali gehalten (b), und wenn Titius vor demjenigen verſtorben wäre, deſſen Erbe zu werden er hofte, ſo wäre ſeinen Kindern angediehen, was nicht nur ihm, ſondern auch ſeiner Nachkommenſchaft zum Beſten bedungen war. In ſeinem und der Seinigen Platz treten die Gläubiger, und eignen ſich zu, was ihnen gebührte, es geſchehe in ihren, oder in des Schuldners Namen (c). Ueberdem hat das Königl. Ober-Appellationsgericht erkand, in Concurſu creditorum ein Privilegium perſonale dem Ceſſionario zu gute kommen müſſe, ſo lange der Cedens lebet (d).

(a) BRUNNEMANN de Ceſſione actionum Cap. 4. n. 82. HERTIUS de Tranſitione privilegii perſonalis in alios §. 13.

(b) P. BARBOSA ad L. 14. ff. Soluto matrimonio n. 3. 44. KLOCK de Contributionibus Cap. 16. n. 73. STRYK de Privilegiis titulo oneroſo quæſitis Cap. 3. §. 2. HARPRECHT Conſ. 74. n. 92. LEYSER Spec. 41. Med. 1. 2.

(c) MEVIUS Part. III. Dec. 329. STRYK ad Brunnemann de Concurſu creditorum Cap. I. §. 9.

(d) Herr Ober=Appellationsrath PUFENDORF Tom. I. Obſ. 214.

CXXI. Bedenken.

Ob es zum Beweis des Eingebrachten hinreichet, wenn erhellet, daß der Frauen Miterbe eine gleiche Summe erhalten.

Eine zur zweyten Ehe ſchreitende Wittwe, welche aus der erſten Ehe einen Sohn hatte, bekam von ihres verſtorbenen Mannes Nachlaß Kindes Theil. Der Sohn forderte ſolchen nach ihrem Ableben von ſeines Stiefvaters Erben, und zwar ſo viel, als er aus ſeiner väterlichen Erbſchaft empfangen. Dieſe wendeten ein, es reiche zum Beweis der Illationis dotis nicht hin, daß denen Miterben etwas gewiſſes zu Theil worden. Solches hat ſeine Richtigkeit, wenn die Frage von demjenigen iſt, ſo Eltern ihren Kindern mitgegeben. Denn ſie ſind nicht ſchuldig, einem ſo viel zuflieſſen zu laſſen, als dem andern, und thun nicht ſelten aus erheblichen Urſachen, oder blinder Liebe einem Kinde vor den andern gutes (a). Aber dieſer Zweifel fällt hinweg, wenn die Mutter, kraft errichteten Vertrages, nothwendig ſo viel bekommen müſſen, als ihr Sohn. In dem gegenwärtigen Fall hatte der Stiefvater dem Stiefſohn ſeine Halbſcheid herausgegeben, und es war höchſt unglaublich, daß ſolches geſchehen wäre, wenn er nicht ſeiner Ehefrauen Antheil erhalten hätte (b), bevorab, da derſelbe unterlaſſen, ſolchen in ſo geraumer Zeit zu fordern (c). Machet es gleich keinen völligen Beweis, daß ein Miterbe ſo viel als der andere empfangen, ſo iſt ſolches doch zu vermuthen, und dergleichen Vermuthungen tragen zum Beweis des eingebrachten Brautſchatzes ein groſſes bey (d). In Sachen Rehkop wider Bartram iſt deswegen von der Königl. Hannöverſchen Juſtitzcanzley 1759 erkannt: „Würde Kläger eidlich erhärten, daß er nicht anders wiſſe und glaube, als daß der ſeiner Mutter zugekommene Kindestheil in 70 Rthlr. beſtanden, und ſolche der Stiefvater erhalten, ſo iſt die Illation dieſer Summe hinlänglich erwieſen.„

(a)

(a) LEYSER Spec. 303. Med. 5.

(b) BOEHMER Tom. III. Part. III. Dec. 700. n. 10. 15.

(c) WILDVOGEL Reſp. 143. n. 23.

(d) MEVIUS Part. VII. Dec. 42. n. 2. HERTIUS Vol. I. Reſp. 37. n. 8. LEYSER d. l. JCTI TUBINGENSES Tom. IX. Conſ. 18. n. 19.

CXXII. Bedenken.

Von der Schäfereygerechtigkeit im Fürſtenthum Calenberg.

Es iſt ſonder Zweifel eine Res meræ facultatis, mit welchen Arten Viehes jemand ſeine eigene Gründe betreiben will, daher demjenigen, welcher niemals Schafe gehalten, frey bleibet, ſolches mit Schafen zu thun. Aber dieſes kann nur alsdenn geſchehen, wenn des Eigenthümers Aecker dergeſtalt bey einander liegen, daß es möglich, ſie abzuhüten, ohne der Nachbaren Aecker mit zu berühren. In verſchiedenen Ländern, beſonders aber im Fürſtenthum Calenberg, haben gemeiniglich in jeder Flur viele Leute ihr Land durch einander liegen, weswegen daſelbſt, vermöge des Eigenthumsrechts, niemand beträchtliche Schäfereyen haben mag, ſondern es werden dazu Servitutes in fundis alienis erfordert, kraft deren man in ganzen Feldmarken, ſowohl auf fremden, als eigenen Aeckern hütet. Dieſes Recht iſt alſo keine Res meræ facultatis, ſondern es wird dazu der andern Eigenthümer Bewilligung erfordert, welche zu vermuthen, wenn die Schäfereygerechtigkeit hergebracht iſt. An einigen Orten ſtehet ſolche der ganzen Dorfſchaft zu, und alsdenn iſt eine mutua Servitus fürhanden (a). Die mehreſte Adeliche Güter und Clöſter ſind mit Schäfereyen verſehen. Manche ſchlieſſen die Bauren davon gänzlich aus. An einigen Orten findet ſich aber nebſt der adelichen, ein Dorfſchäferey, oder ſie iſt auch wohl einem Meyerhofe beygeleget. Dieſes alles muß ſich auf beſondere Verträge und zu alten Zeiten gemachte Einrichtungen gründen. Deswegen kann denn niemand, wenn es nicht die Verträge mit ſich bringen, oder binnen Rechtsverwährter Zeit geſchehen, eine Schäferey anlegen, wie die Calenbergiſche Landſchaft alſo bezeuget hat: „Demnach Namens Königl. Cloſtercammer bey uns angeſuchet worden, ein Atteſtat darüber Namens Calenbergiſcher Landſchaft zu ertheilen, daß im Fürſtenthum Calenberg und Göttingen, beſonders im Amt Calenberg, die Gerechtigkeit eine Schäferey zu halten, als eine beſondere Gerechtigkeit ſolcher-

geſtalt anzuſehen, daß demjenigen, ſo damit an ein und anderm Ort oder Feldmark verſehen iſt, gegen alle und jede, auch contra proprietarium des Fundi, worauf die Hude und Weyde exerciret wird, bey neuerlich vorhabender Anlegung einer Schäferey daſelbſt ein Jus prohibendi zuſtehe; dieſes auch in der Wahrheit ſich ſo verhält, wovon Kundſchaft niemand zu verweigern; ſo haben wir geſuchter maſſen ſolches hierdurch zu bezeugen, und deßfalls gegenwärtiges Atteſtatum unter dem uns anvertraueten Siegel und unſerer gewöhnlichen Unterſchrift auszuſtellen, kein Bedenken finden können. Hannover den 1. Febr. 1754.

Im Fürſtenthum Calenberg verordnete Land- und Schatzräthe auch Schatzdeputirte

Georg Abt zu Loccum (L.S.) J. Brunſch.

Hieraus folget, daß eine ſolche Schäfereygerechtigkeit, gleich andern Servitutibus, durch den Nichtgebrauch verlohren gehet, und, daß wer jemanden die Weidegerechtigkeit auf den Seinigen eingeräumet hat, ſie keinem Dritten mittheilen könne, wenn dadurch dem Herrn des Prædii dominantis ein Nachtheil verurſachet wird.

Von einer gewiſſen Juriſtenfacultät wurde in Rationibus decidendi eingeworfen, man müſte die Einwohner eines Dorfs als Membra corporis myſtici anſehen, weil ihre Aecker zugleich der ganzen Gemeinde gehörten, und deswegen könten Gemeinden Schäfereyen zulegen, welche ſie niemals gehabt. Allein was jedem Mitgliede derſelben zuſtehet, iſt keinesweges ein Eigenthum der Gemeinde (b). Inſonderheit komt die Hud und Weide ſingulis, tanquam ſingulis, non univerſitati zu (c). Zwar vermeinet Mevius Part. I. Dec. 28. ex tacita dividentium volunte præſumendum eſſe, non aliter diviſos voluiſſe agros, niſi quatenus ſeparatus ſingulorum uſus eſt. De cætero communionem utilitatis communis cauſa placuiſſe. Wenn aber die Theilung der vor den Dörfern befindlichen Aecker dergeſtalt auf einmahl geſchehen wäre, daß dergleichen Vorbehalt zu vermuthen, ſo hätte man ſie beſſer eingerichtet, und keine auf mancherley Art nachtheilige Zerſtreuung der zu jedem Baurenguth gehörigen Gründe geſchehen laſſen. Dieſe iſt auſſer Zweifel daher entſtanden, daß die erſte Anbauer (welche ſolche Hülfe nicht hatten, als die heutige Coloniſten in der neuen Welt) anfangs nur

wenig

wenig Land geſchlacht zu machen vermogt, und ſolches nach und nach durch das Ausroden der Holzung vermehret haben, welches von einem jeden ohne Anweiſung nach Willkühr geſchahe, wo es ihm am vorträglichſten zu ſeyn ſchiene. Auf die Inconvenienz, daß dadurch Hud und Weide geſchmälert wurde, hat wohl niemand gedacht, das viele ungebaute Land es daran zu ſelbigen Zeiten nicht fehlen lieſſe. Am wenigſten kann man in denjenigen Ländern eine beybehaltene Gemeindſchaft der Schafhude vermuthen, wo dieſelbe nur denen verſtattet wird, welche ſie hergebracht haben.

Nachdem die Holzung gröſtentheils weggeſchaffet war, muſte man, wegen der unentbehrlichen Kühe und Pferde, wohl eine gemeinſchaftliche Weide auf den Gründen der Einwohner jedweden Dorfes bedingen. Die Schafe ſind ſo ganz nothwendig nicht. Mancher war unvermögend ſie anzuſchaffen, oder ihm ihre Nutzbarkeit unbekand. Es legten alſo nur einige Schäfereyen an, denen die Weide ſo fern eingeräumet wurde, als das übrige Vieh derſelben entrathen konte, und nachdem ſolches geſchehen, verſtattete man keine Neuerung, welche andern zum Nachtheil gereichet. Wenn über den Gebrauch der Schäferey zwiſchen den Dorfseingeſeſſenen Streit entſtehet, ſo iſt keiner verbunden ſeine Rechte ſchmälern zu laſſen, ob gleich alle andere darin willigen (d).

(a) LEYSER Spec. 108. Med. II.

(b) MEVIUS Part. VI. Dec. III. HUBER de Jure Civitatis Lib. 2. Sect. 3. Cap. I. n. 35. STRYK de Civitate obærata Cap. 2. n. 19. JCTI HALLENSES Tom. II. Lib. 2. Reſp. 78. n. 16. WERNHER Part. V. Obſ. II. n. 15.

(c) HERTIUS Vol. II. Reſp. 769. n. 2.

(d) ANDLER Jurisprud. Lib. I. Tit. 5. Part. 10. n. 8. KNIPSCHILD de Civitatibus imperialibus Lib. 5. Cap. 6. n. 16. STRYK d. l. n. 22. ENGELBRECHT de Pluralitate votorum §. 31.

CXXIII. Bedenken.

Wem Uſuræ ultra alterum tantum zu bezahlen ſind.

Daß die rückſtändige Zinſe gemeiniglich nur bis auf das alterum tantum zuerkand werden, leidet keinen Zweifel (a). Man ſchränket die Regul aber

in zwey Fällen ein, nemlich 1) wenn der Gläubiger alles Mögliche gethan, um zu dem Seinigen zu gelangen, und durch den Schuldner daran behindert worden (b). Dieſem iſt jedoch kein unverantwortlicher Aufenthalt beyzumeſſen, dafern er probabilem litigandi cauſam gehabt (c). Als demnach von des General-Lieutenants von Hasberg Allodialerben die Zahlung eines Capitals verweigert wurde, weil man darüber ſtritte: Ob es nicht aus den Stammgütern abgeführet werden müſſe? Ueberdem die Beklagte Gegenforderungen hatten, und es zweifelhaft war, wer dem andern heraus geben müſſe, ſo ſind dem Hasbergiſchen Curatori bonorum von der Königl. Hannöverſchen Juſtizcanzley am 17. Nov. 1759 nur Zinſe bis ad alterum tantum zuerkand.

Mehr ſoll 2) demjenigen gebühren, welchem ein rechtkräftig erſtrittenes Capital nicht entrichtet worden (d). Man gründet dieſe Lehre auf den L. 2. C. de Uſuris rei judicatæ, und hält dafür, daß dergleichen Zinſen als ein Intereſſe ultra alterum tantum gefordert werden können. Es handelt aber beſagter L. 2. von keinen Uſuris ultra alterum tantum, ſondern er will, daß der Sachfällige Uſuras centeſimas nemlich 12 pro Cent entrichten ſoll, da ſonſt nur 6 pro Cent zu nehmen erlaubet war. Von dergleichen Zinſen weiß man aber in Teutſchland nichts mehr (e). Es iſt auch in L. 1. C. de Sententiis, quæ pro eo quod intereſt, proferuntur, klar verſehen, in omnibus caſibus, qui certam habent quantitatem, hoc quod intereſt, dupli quantitatem minime excedere (f). In dem gegenwärtigen Fall war zwar das Capital qu. demjenigen, welcher es hergeliehen hatte, keineswegs aber dem Curatori bonorum wider des General-Lieutenants von Hasberg Allodialerben in der Prioritätsurthel zuerkand, daher von den Letztern mit keinem Schein Uſuræ rei judicatæ gefordert wurden.

(a) L. 27. §. 1. C. de Uſuris Nov. 121. Cap. 1. 2. Nov. 138. Herr Ober-Appellationsrath PUFENDORF Tom. I. Obſ. 14.

(b) Herr PUFENDORF d. l. §. 6.

(c) HERTIUS Vol. I. Reſp. 461. n. 7. 8. MUELLER ad Struv. Ex. 27. §. 53. Lit. *α*. BOEHMER Tom. II. Conſ. 440. n. 12.

(d) CARPZOV Lib. 4. Reſp. 48. n. 11. 12. WERNHER Part. VIII. Obſ. 309. Part. X. Obſ. 278. LEYSER Spec. 244. Med. 7.

(e) BRUNNEMANN ad L. 1. C. de *Uſuris* rei judicatæ. STRYK U. M. ff tit. de Uſuris §. 13.

(f) WERNHER de Uſuris per modum intereſſe ultra alterum tantum non exigendis per tot.

CXXIV.

CXXIV. Bedenken.

Ob eine Wittwe das Leibgeding verliehret, wenn ſie ſich wieder verheyrathet.

Es iſt eine ſehr ſtreitige Rechtsfrage: Ob eine Wittwe das Leibgeding verliehret, wenn ſie ſich wieder verheyrathet? Zu unſern Zeiten hat ſolches mit Anführung vieler Gründe behaupten wollen der Herr Geheimte Regierungsrath ESTOR in Diſſ. An dotalitium ceſſet propter ſecundas nuptias, und hingegen es verneinet der Reichshofrath B. von SENCKENBERG in Medit. Faſc. I. Obſ. 3. und Jur. feud. §. 422. Beyde berufen ſich auf das Cammergerichtliche Erkenntniß in Sachen Anhalt Cöthen wider Anhalt Cöthen. Der Herr Cammergerichts-Aſſeſſor B. von CRAMER bezeuget aber in ſeinen Nebenſtunden Part. IX. es habe das Kayſerl. Cammergericht zum Grunde der Entſcheidung ſolcher Sache geleget, Dotalitium ſimpliciter conſtitutum ad tempus viduitatis nunquam eſſe reſtrictum, ſi id non ſit actum. Denen Wittwen kömt zu ſtatten, daß 1) die Rechte von einer ſolchen Pœna ſecundarum nuptiarum nichts melden, noch 2) ein erweisliches teutſches Herkommen ſie erfordert, vielmehr eben deswegen öfters ausdrücklich bedungen wird, daß das Leibgeding der Frau nicht verbleiben ſolle, ſo lange ſelbige den Wittwenſtuhl nicht verrücket, weil ſie es ſonſt in die zweyte Ehe mitbringen können. Es erhellet 3) aus meinen Nebenſtunden in der XXXVII. Abhandlung, wie ſeit vielen Jahrhunderten nicht nur nothleidenden Wittwen zu ihrem Unterhalt Leibgedinge beſtellet worden, ſondern daß auch ſolches den reichern zur Vergeltung des eingebrachten Brautſchatzes wiederfahren. Wenn dieſer nun in den Gütern bleibet, ſo iſt ganz billig, daß die Frau dagegen das Leibgeding auf Lebenszeit behalte, ſie ſterbe im Wittwenſtande oder nicht. Ob die Regul: Dotalitium abſorbet dotem, ſeit zweyhundert Jahren oder ſeit ſechshundert Jahren gegolten, thut nichts zur Sache, wenn in keine Abrede zu ſtellen, daß ſie jetzt an einem Ort gilt, und wohl gar durch Landesgeſetze beſtätiget worden. Man kan 4) nicht ſagen, es werde eine ſolche Wittwe mit anderer Schaden bereichert, weil es ungewiß, ob ſie oder der Lehnsfolger am beſten fähret, wenn der Brautſchatz nicht zurückgegeben wird, als wobey dieſer nur alsdenn verliehret, wenn jene lange lebet.

Hätte aber die Wittwe nichts eingebracht, und ihr wäre vom Lehnsfolger nur deswegen ein Leibgeding zugeſtanden, damit ſie ihrem verſtorbenen Ehemann

zur Unehre nicht darben möge, ſo fällt dieſes hinweg, wenn ſie wieder heyrathet, weil alsdenn die Urſach der gereichten Alimenten hinwegfällt, maſſen der Mann ſeine Frau zu ernähren ſchuldig iſt (a). Falls dieſelbe aber mit des erſten Mannes Allodialerben zu thun hat, und ihr wäre, obwohl ſie nichts eingebracht, ein Leibgeding, ohne Einſchränkung auf den Wittwenſtand, verſchrieben, ſo machet die zweyte Ehe ſie deſſen nicht verluſtig.

(a) STRYK U. M. ff. tit. de Jure dotium §. 25.

CXXV. Bedenken.

Falſche Münzer ſind nur mit dem Schwerdt zu beſtrafen, wenn ſie wenig falſches Geld gemünzet, und ausgegeben haben.

Johann Bernhard Salomon hatte etwa 15 Rthlr. falſches Geld an Brandenburgiſchen 6 pf. und Stadt Hildesheimiſchen 4 Pf. Stücken gemünzet, welches nicht einmal alles unter die Leute gebracht worden, und es entſtund die Frage: Ob er ſolcherwegen mit dem Feuer zu beſtrafen ſey? Die Königl. Hannöverſche Juſtitzcanzley hat ſolche 1759 verneinet, weil der Geſetzgeber in der peinlichen Halsgerichtsordnung Art. CXI. nichts neues verordnet, ſondern befiehlet, daß die falſche Münzer nach Gewohnheit und Satzung der Rechte mit dem Feuer vom Leben zum Tode beſtrafet werden ſollen. Keine andere Satzung der Rechte erfordert ſolches, als das Römiſche Recht, und zwar in Lib. 2. C. de Falſa moneta, worin verſehen, flammarum exuſtionibus mancipandos, qui ſolidorum adulteri ſunt reperti, und alſo nicht die Verfälſcher aller und jeder Münzen. Denn der Solidus iſt eine Goldmünze, und wer ſelbige verfälſchet, thut dem gemeinen Weſen weit mehr Schaden, als wer wenige geringhaltige kleine Münzen machet. Gründlich ſchreibet ENGAV de Falſo numario §. 42: Licet legibus nulla determinata ſit quantitas damni numis omnimodo falſis dati ad pœnam ignis ſufficiens, tamen quia quantitas eſt in numero modorum, quibus pœna vel intendi vel remitti ſolet, jam dudum eum, qui numis falſis, quos flavit & expendit, damnum dedit minus 20 Florenis, a ſupplicio ignis liberarunt Saxones, quos praxis plerumque ſequitur; wie denn nicht wenige Rechtslehrer diejenige, qui parvos minime valoris nummos fabricarunt, nur mit dem Staubbeſen und der ewigen Landesverweiſung beſtrafet wiſſen wollen (a). Die Chur-Braunſchweigiſche Geſetze ſind auch nicht ſchärfer, als die gemeine Rechte,

ſon-

ſondern das Edictum in den Landesordnungen Cap. IV. p. 583. erfordert nur, alle *Rigeur* nach der peinlichen Halsgerichtsordnung; worin aber keinesweges verſehen, daß die Verbrecher gleich geſtrafet werden ſollen, ſie haben wenig oder viel gemünzet. Die Meynung des CARPZOVII Prax. crim. Qu. 42. n. 55. 56. 57. daß wegen geprägter 10 Thaler ein falſcher Münzer zu verbrennen ſey, verdienet keinen Beyfall. Denn auch dieſe ſind eine ſo geringe Summe, daß ſie die entſetzliche Strafe des Feuers nicht wirken kann. Allenfalls waren 10 Rthl. zu Carpzovs Zeiten der innerlichen Güte nach von größerm Werth, als heutiges Tages 15 Rthlr. unſerer ſchlechten kleinen Münze. Deswegen wurde dem Salomon und zwey Weibespersonen, die ihm behülflich geweſen, das Schwerdt zuerkannt. Ob aber groſſe Summen in groben oder kleinen Sorten gepräget worden, thut nichts zur Sache und iſt dieſes ſo ſtrafbar, als jenes.

Uebrigens darf der Richter wider die klare Verordnung der Geſetze keine Strafen mildern, wohl aber das Geſetz auf das mildeſte erklären, ſo fern die Worte und Beſchaffenheit der Sache es zulaſſen. Dieſes kann nicht alle vernünftige Ausnahmen beſtimmen, und deswegen iſt keinesweges zu vermuthen, daß es ſie alle verwerfe (b). Solches liefe der natürlichen Billigkeit und den Pflichten des Geſetzgebers zuwider. Den Grad eines jeden Verbrechens genau zu beſtimmen, vermag niemand, weil man keinem Menſchen ins Herz ſehen kann. Den mehreſten Uebelthätern hat es, ohne ihre Schuld, an guter Erziehung gefehlet, in deren Ermangelung der Menſch von Natur gemeiniglich böſe iſt. Manchen bringet die Noth, der Jachzorn, oder andere heftige Leidenſchaften zu Thaten, die er ſonſt verabſcheuen würde. Derjenige iſt ſtrafbarer, welcher vorſetzlich und mit kaltem Blut ſeinen Nebenmenſchen um Ehre, Haabe und Güter bringet, wenn es gleich auf keine Art geſchiehet, die eine peinliche Strafe verdienet, als der aus Armuth, und weil er von den menſchlichen Pflichten irrige Begriffe hat, in ein Haus brechende Dieb. Es müſſen jedoch die Uebelthäter ſcharf geſtrafet werden, damit die Furcht für der Strafe ihren Leidenſchaften das Gegengewicht halte. Aber dieſes erfordert nicht eben die grauſamſte Strafen. Ich pflichte dem MONTESQUIOU de l'Eſprit des loix Tom. I. Lib. 6. c. 12. bey, wenn er alſo ſchreibet: Quelque inconvenient fait-il ſentir dans un Etat, un Gouvernement violent veut ſoudain le corriger, & au lieu de ſonger à faire executer les anciennes loix, on établit une peine cruelle qui arrete le mal ſur le champ. Mais on uſe le reſſort du Gouvernement; l'imagination ſe fait à cette grande peine comme elle s'étoit faite à la moindre; & comme on diminue crainte pour celle-ci, l'on eſt bien-tot forcé d'établir l'autre

Es dans

dans tous les cas. Les vois ſur les grands chemins étoient communs dans quelques Etats; on voulut les arreter; on inventa le ſupplice de la roue, qui les ſuſpendit pendant quelque tems. Depuis ce tems on a volé comme auparavant ſur les grands chemins -- Qu'on examine la cauſe de tous les relachemens; on verra *qu'elle vient de l'impunité des crimes, & non pas de la moderation des peines*. Wenn unſere Hausdiebe, nach Beſchaffenheit der Umſtände, auf Lebens-oder lange Zeit in die Karre verdammet würden, ſo reichte es hin, ſie von dem Verbrechen abzuſchrecken, und man würde ſolches öfter beſtrafet ſehen, da hingegen die mehreſte Herren es vertuſchen, um nicht Anlaß zu geben, daß ein Menſch ſein Leben ſo jämmerlich verliehre, weil er ihnen etwas weniges genommen. Der bey uns eingeführten harten Strafen ohngeachtet werden Haus- und Pferdediebſtähle nicht ſeltener begangen, als in den Ländern, worin man ſie nicht ſo ſcharf ahndet.

(a) BERGER Elect. Jurisprud. crim. p. 74. WERNHER Part. IX. Obſ. 200. BOEHMER Tom. III. Part. III. Dec. 871. n. 2. J. S. BOEHMER Elect. Jur. crim. Sect. 2. §. 331. KRESS ad C. C. Art. CXI. §. 6. n. 1.

(b) LEYSER Spec. 645. Med. II. CHLADENIUS de Arbitrio Judicis in commutandis pœnis §. 4. 5. MOEGLING de Eo quod juſtum eſt circa proportionem in pœnis ſurrogandis th. 6.

CXXVI. Bedenken.

Von den Schranken der Ohnabhängigkeit Evangeliſcher Conſiſtoriorum in Catholiſcher Herren Landen.

In der Grafſchaft Bentheim entſtunde zwiſchen dem reformirten Ober-Kirchenrath und dem Unterconſiſtorio zu Emblichheim über der Predigerwahl ein Streit. Das erſtere wollte behaupten, daß ihm dabey ein gleiches Recht mit dem letztern zuſtünde, und jedes Collegium eine Stimme habe. Das Unterconſiſtorium hingegen vermeynte, es müſten ſolche Wahlen von allen Gliedern beyder Collegiorum viritim geſchehen, welchenfalls ſelbiges, als das Zahlreichſte, den Ober-Kirchenrath immer übereinſtimmen konte. Es wurde eine Erklärung folgender Worte des Bentheimſchen Vergleichs und Compromiſſorialausſpruchs von 1701 erfordert: Voornamentlyck ſal den Over- Kerckenraedt Sorge dragen, dat de

de vacante Paſtoryen, School-Koſter-ende Organiſt-dienſten ſpœdig, en wel, wederom voorſien werden; ten welcken eynde de perſoon ſal ængeſtælt werden by de Opper-Conſiſtorialen, met de Leden des Onder-Kerckenrædts, dær de plætſe vacert, *by meerderheydt van Stemmen* (a). Das Unterconſiſtorium wendete ſich mit ſeiner Beſchwerde an die Königl. Chur-Braunſchweigiſche Landesregierung, folglich aber an das Königliche Miniſterium zu Hannover. Dieſes hielte für billig, daß die Sache einer reformirten theologiſchen Facultät Erkentniß übergeben würde. Der Ober-Kirchenrath verweigerte aber ſolches geſchehen zu laſſen, und zwar deswegen, weil er die Jurisdictionem eccleſiaſticam nicht Namens des Landesherrn, ſondern ſuo nomine, ohne Dependenz von der weltlichen Landesregierung, übe. Nun hat ſolches allerdings ſeine Richtigkeit, und deſſen Poteſtas iſt nicht delegata (b). Man kann daher von einem ſolchen Conſiſtorio ſo wenig an den Landesherrn appelliren, als es von den Catholiſchen Offizialgerichten geſchehen mag. Deswegen heiſſet es in dem Hildesheimiſchen Conſiſtorialreceß von 1651: „Was nun viertens in ſolchem Conſiſtorio beſagtermaſſen cognoſciret, geſchloſſen und decidiret wird, daſſelbe ſoll eben die Kräfte und Autorität haben, gleichwie bey Ihrer Churfürſtlichen Durchl. Canzley und anzuſtellenden Hofgericht, die Droſten, Gerichtsherren, Beamte und Unterthanen auch denſelben zu gehorſamen ſchuldig, und dafern ihnen hiewieder einige Decreta oder Befehlig zukommen ſolten, dieſelben ſollen nicht attendiret, ſondern pro ſub- & opreptitiis gehalten, und einzig und allein was bey dieſem Gericht geſchloſſen, gültig, und die Beamte und Gerichtsherren demſelben ohne einige Exception zu folgen ſchuldig, hingegen alles Widrige hiemit abgethan und caſſiret ſeyn, und was in ſolchem Conſiſtorio erkand und decidiret, daſſelbe ſoll ohne alle Appellation und Exception, bey Vermeidung hoher und willkührlichen Strafe, von den Beamten ſchleunig exequiret werden;„ und in der Osnabrückiſchen perpetuirlichen Capitulation Art. V. num. 7.: „Hiebey iſt auch dieſes verabredet, und amore pacis nachgeſehen worden, daß der Augſpurgiſchen Confeſſion zugethane Prediger, Schuldiener und deren Familien in actionibus tam realibus quam perſonalibus, in Sachen, ſo ihre Pfarren- Kirchen- und Schuldienſt-Beſoldungen und Einkommen betrift, nicht vor den Catholiſchen Gerichten, ſondern vor bemeldetem Conſiſtorio active & paſſive zu ſtehen ſchuldig ſeyn ſollen, in andern Civil- Real- und Perſonalſachen, ſo die geiſtliche Einkünfte nicht betreffen, ſollen ſie zwar von dem Conſiſtorio paſſive allein conveniret werden, wenn ſie aber active jemand beſprochen, ſollen ſie den Beklagten vor ſeinem Richter belangen; Jedoch ſo jemand in dieſen Civilſachen durch des Conſiſtorii Urthel ſich beſchweret befünde, ſolle dem beſchwerten Theile erlaubet ſeyn, an den zei-

tigen Landesfürſten, er ſey catholiſch oder augſpurgiſcher Confeſſion, zu appelliren, doch ausgenommen der Pfarren, Kirchen- und Schuldienſt-Beſoldungsſachen, darin keine Appellation ſtatt haben ſolle;" auch in dem Bentheimiſchen Vergleich Art. VII.: Noch incumbeeret den Over-Kerckenraedt alle Echt-Sacken, na Godts Woorde en de Wereldtlycke Rechten, ſonder appel of reviſie, by rechtelycke deciſie te ontſcheyden; desglicks Armen-ende Kercken-Sacken, oock alle Proceſſen, welcke de Paſtoren, Scholmeeſters, Koſters ende Organiſten om eenige redenen haer ampt concernerende worden ængedæn, zynde vooer geen ander Rechtbanck convenibel (c). Aber ſolche Gewalt erſtrecket ſich doch nicht weiter, als die Gewalt der Catholiſchen geiſtlichen Gerichte, an deren Staat ſie beſtellet ſind (d). Wenn dieſe ihr Amt offenbar mißbrauchen, ſo ſchläget der Catholiſche weltliche Landesherr die Hände in das Geſchäft, und verſtattet nicht, daß die Geiſtliche in ihren eigenen Streithändeln Via facti verfahren, den Unterthanen die Adminiſtration der Sacramente wider offenbares Recht verſagen, die Jura ſtolæ eigenmächtig erhöhen ꝛc. ꝛc. wie denn, wenn mit voreiligen Excommunicationen verfahren wird, man dem Clero die Temporalia ſperret, bis er ſolche wieder aufgehoben hat (e). Auch thun die höchſte Reichsgerichte und catholiſche weltliche Gerichtshöfe den geiſtlichen Gerichten Einhalt, wenn ſie ſich mehre Gewalt anmaſſen, als ihnen zuſtehet (f). Verſaget alſo der evangeliſche geiſtliche Richter den Unterthanen die Juſtiz, und läſſet keine Remedia juris wider ſeine Erkenntniſſe zu, ja er will in eigenen Sachen, worin von demſelben kein unverdächtiges Urthel zu erwarten, was ihm gut dünket, verfügen, folglich handelt derſelbe den klaren Rechten, oder auch denen mit dem Landesherrn errichteten Verträgen zuwider, ſo kann man dieſem nicht anmuthen, ſolches geſchehen zu laſſen, ſondern er hält billig über ſolche Verträge, und erfordert eine unpartheyiſche Handhabung der Gerechtigkeit (g). Zwar erlaubet man in Teutſchland denen Gerichtsherren die Unterthanen vor ihren eigenen Gerichten zu belangen. Aber ſie müſſen die Urtel nicht ſelbſt abfaſſen (h), und ſolten billig die Acten jedesmal auf unverdächtige Univerſitäten verſchicken (i), welches auch die Verträge vielfältig erfordern. In dem Hildesheimiſchen Religionsreceß von 1711. Art. XVIII. geſchiehet es alſo: „Solte jedoch ein oder andere Parthey ſich über den Ausſpruch des Conſiſtorii graviret befinden, ſo bleibet derſelben frey, ſich des Beneficii leuterationis & transmiſſionis actorum an eine der augſpurgiſchen Confeſſion zugethane Univerſität im Conſiſtorio zu bedienen, und ſoll ihr ſodann daſſelbe nicht abgeſchnitten, und interim die Sentenz zu keiner Execution gebracht werden. Wäre es aber, daß eine Parthey das ganze Conſiſtorium (dann wann nur etwan ein und anderes Membrum recuſiret

tet würde, können die andere Conſiſtoriales dennoch in der Sache fortfahren) recuſirte oder perhorreſcirte, welches doch nicht anders zugelaſſen ſeyn ſoll, als daß derſelbe, welcher ſolches thut, die Cauſas, warum er ſolches thut, ſchriftlich übergebe, ex jure, daß ſie gültig und bündig, deducire, und daß ſie wahr ſeynd, mit einem cörperlichen Eide beſtärke, alsdann ſoll zwar demjenigen, der auf vorgedachte Art das Juramentum perhorreſcentiæ präſtiret hat, der Recurs ad Epiſcopum & Principem, & ſede vacante vel impedita, ad Capitulum nicht verwehret werden; es ſollen aber alsdann die Landſtände A. C., auf ihnen davon ex parte Epiſcopi vel Capituli gegebene Nachricht, vier Perſonen ihrer Religion dem zeitlichen Landesfürſten, oder Sede vacante vel impedita dem Thumcapitel vorſchlagen, aus welchen der Landesfürſt, oder Sede vacante das Thumcapitel zwey verordnen kann, welche, wann ſie nebſt demjenigen, welche aus der Fürſtlichen Regierung mit dazu beſtellet, zuvor ad hunc actum ab Epiſcopo & Principe, vel ſede vacante aut impedita a Capitulo gewöhnlichermaſſen beeidiget worden, den Proceß bis zum Schluß dirigiren, entweder ſelbſt ſprechen, oder die Acta ſumtibus petentis, vel ex officio, zu Einholung einer Urthel an eine Univerſität A. C. verſchicken, und die verfaſſete oder eingeholte Urthel, citatis partibus, in loco Conſiſtorii von Fürſtl. Commißion wegen publiciren ſollen.„

In der Osnabrückiſchen perpetuirlichen Capitulation Art. IX. iſt verſehen: „So oft aber die Conſiſtoriales in ein oder andern Caſu die Religion oder ihnen anvertrauete geiſtliche oder Kirchenjurisdiction betreffend, anſtehen, oder ſich einer Meynung nicht vergleichen könnten, oder dergleichen wichtige Sachen vorfielen, ſo ſollen dieſelbe auf eine der augſpurgiſchen Confeßion zugethane unverdächtige hohe Schule pro deciſione remittiret und überſchicket werden;„ auch in dem obangeführten Bentheimiſchen Vergleich Art. X.: „Om alle het voorgenomede met effect uyt te voeren, mag de Over-Kerckenraedt oock de middelen van dwangh en executie gebruycken, gelyck als het ſelve allen yeglycken hoog Grafſelycke Amtenaren, Bedienden, hooge en lage in de Fundatie bevolen werdt. Maer om van die macht geen misbruyck te macken, ende om in het Kerckenweſen alles met beſcheydentheyt te beſtieren, en niet te domineren ſullen de Over-Kerckenraden in gewichtige Sacken hed advis van het Claſſis hebben te vragen. *oock het advis van een Gereformeerde Univerſiteyt inhalen* (k). Wer kann aber zweifeln, daß der oben gemeldte Streit von Wichtigkeit iſt?

(a) LUNIGS Reichsarchiv Tom XI. p. 513.

(b) THOMASIUS in Antivindiciis Statuum Evangelicorum Epiſcopatus Hildeſienſis p. 39. BOEHMER J.E.P. Lib. I. Tit. 28. §. 43.

 (c) Lu-

(c) Lunig d. l. p. 514.

(d) Thomasius d. l. p. 66. Boehmer d. l. §. 11. 48. Herr Floerke ad Schilteri Inſtit. Jur. Eccleſ. Lib. I. Tit. 5. §. 6. Pertsch Elem. Jur. Canon. Part. II. §. 5.

(e) Der Chur-Bayerſche Geheimte Canzler B. von Kreitmair in den Anmerkungen über den Codicem Juris Bavarici judiciarii p. 18. 20.

(f) Ludolf de Jurisdictione officialium in cauſis civilibus §. 12. 13. 14. 16. Mein Unterricht von Regierungs- und Juſtitzſachen p. 17. 18. 19.

(g) Meine Nebenſtunden Part. III.

(h) Heineccius de Dominis ſubditos in judicio ſuo convenientibus §. 18.

(i) Schilter Ex. 6. §. 16. Ludewig in den gelehrten Anzeig. Part. III. p. 70.

(k) Lunig d. l.

CXXVII. Bedenken.

Von den rechtlichen Wirkungen einer übernommenen Garantie.

Der Bentheimiſche Kirchenrath wolte auch behaupten, daß wenn über den Schranken der ihm verliehenen Gewalt ein Streit entſtehet, deſſen Entſcheidung von denen Garans des mehrmalen angeführten Bentheimiſchen Vergleichs, nemlich des Königs von Preuſſen Majeſt. und den Herren Generalſtaaten der vereinigten Niederlande zu begehren ſey. Ein Garant iſt nun zwar zur Hülfsleiſtung verbunden (a), wenn dem garantirten Tractat zuwider gehandelt wird. Aber dieſe muß allein ſo fern demjenigen, welcher Unrecht leidet, wiederfahren, als er ſelbſt ſich zu helfen befugt iſt. Mangelt es ihm an richterlicher Hülfe nicht, ſo iſt die Selbſthülfe mit Zuthun der Garans widerrechtlich. Dieſe findet in Teutſchland nur alsdenn Platz, wenn ſich einer bey ſeinem Beſitz, den Rechten nach, *mit eigenen* Kräften vertheidigen mag, und wenn der Weſtphäliſche Friedensſchluß Art. XVII. §. 4. 5. 6. 7. erlaubet, die wider denſelben erduldende Beeinträchtigungen mit den Waffen zu verhindern, oder dafern ſonſt keine richterliche Hülfe zu erwarten iſt. In dieſen Fällen kömt es auf der Garans Ermäßigung an: Ob derjenige, welcher ihre Hülfe begehret, Recht hat oder nicht? Der andere Theil iſt aber keinesweges verbunden, ſich ihrem Urthel zu unterwerfen, weil ihnen weder eine richterliche Gewalt

walt zuſtehet, noch gemeiniglich die paciscirende Theile auf bloſſe Garans compromittiren. Frankreich und Schweden haben die Garantie des Weſtphäliſchen Friedenſchluſſes übernommen. Niemand aber kann behaupten, daß ihre Auslegung deſſelben das teutſche Reich ſich müſſen gefallen laſſen.

(a) GUNDLING Jur. Nat. Cap. 24. §. 45.46. MASCOV de Jure foederum in S. R. I. §. 11.

CXXVIII. Bedenken.

Holzerbſchaften ſind im Zweifel nicht für Mannlehn zu halten.

Einige Bürger in Northeim und die Eingeſeſſene des Dorfs Holtenſen beſitzen gewiſſe Hölzer im Amt Brunſtein gemeinſchaftlich, und haben ſich über ſolche am 16. Januar 1582 dahin verglichen, „daß zu allen Theilen die Holziſchen Erben ſowol, als die Dorfſchaft Holthauſen das Gehölz nun hinführo in communione und gemein, wie von Alters her, dieſergeſtalt gebrauchen ſollen und mögen, daß kein Theil ohne des andern Fürwiſſen hinführo darin was hauen oder verwüſten ſolle, ſondern da einer oder der andere in dieſem Fall was von Holz benöthiget wäre, daß dann dem oder denſelben ein ſolches durch die verordnete und geſetzte Vormünder, nach Anzahl der Gröſſe eines jeden Güther, auf Erſuchen ſoll angewieſen werden.„ Es hat auch 1636 Herzog Georg den Bürgern zu Northeim, Erben zu Holzhauſen, zwiſchen Northeim und Wibershauſen belegen, ihre Privilegia, Gnade und Freyheiten, ſo ihnen von ſeinen Vorältern, Fürſten zu Braunſchweig Calenbergiſchen Theils, gegeben, confirmiret, in welchem Briefe es unter andern heiſſet: „Niemand ſoll derſelben Erben zu Holzhauſen ihr Erbe und Holzmark durchgraben oder durchknicken, auch wollen und ſollen wir und unſere Erben dieſelben Erben und ihre Nachkommen, und alle ihre Güther und Erbe, das ſie von uns und andern Herren daſelbſt zu Holzhauſen im Dorf, Felde, Hölzern, Waſſern, Wieſen, Aengern und Weiden haben, — — bey aller Freyheit und Herkommen laſſen.„ Als ein Northeimiſcher Erbe, Johann Jürgen Lohmann, mit Tode abgienge, wurde deſſen Schwiegerſohn Henrich Jürgen Meyer von dem Vormund und übrigen Hollenſer Erben in Northeim an ſeines Schwiegervaters Stelle als Erbe angenommen. Die Einwohner zu Holtenſen weigerten ſich aber, ſelbigen das gemeinſchaftliche Holz mit genieſſen zu laſſen, und wollten behaupten, daß dieſe Erbſchaften, als Lehne, nur den männlichen Erben zu Theil würden. Die Königl.

nigl. Hannöverſche Juſtitzcanzley erkandte jedoch am 14. Nov. 1749: „Würden Beklagte nicht binnen 4 Wochen a publicato dieſes, welche Friſt ihnen hierdurch ſub præjudicio anberahmet wird, rechtsbeſtändig erweiſen und darthun, geſtalten unter den Holtenſer Erben zu Northeim bloß die Succeſſio feudalis ſtatt habe, mithin in denen unter ihnen vacant werdenden Erbſchaften keine andere als männliche Erben zu ſuccediren fähig, daß dieſelbe ſodann, Einwendens ohngehindert, den von Klägern angenommenen Miterben Jürgen Henrich Meyer für einen Holtenſer Erben zu erkennen, und denſelben aus der quäſtionirten Holzung ſeinen ihm gebührenden Antheil jedesmal verabfolgen zu laſſen ſchuldig,„ welches Erkenntniß in Supplicationis inſtantia von der Rintelſchen Juriſtenfacultät am 31. Jul. 1753, und in Reſtitutionis inſtantia von der Königl. Hannöverſchen Juſtitzcanzley 1760 beſtätiget wurde. Denn ob gleich keinen Zweifel leidet, daß die Holzerbſchaften wohl jure feudi beſeſſen werden (a), ſo iſt es jedoch nicht zu vermuthen, maſſen nicht abzuſehen, warum an dergleichen gemeinſchaftlichen Güthern das weibliche Geſchlecht keinen Theil haben ſollte (b). Solche Holzerbſchaften finden ſich häufig in Ober und Niederteutſchland, und ſind vielfältig daher entſtanden, daß als in den mitlern Zeiten die Landesherren der Waldungen Conſervation ſich wenig angelegen ſeyn lieſſen, die Unterthanen durch errichtete Verträge deren Ruin zu behindern ſuchen müſſen, über welche zu halten, ſie ihre Obrigkeiten, oder ſonſt einen mächtigen Herrn bewegt, Privilegia von denſelben ausgebracht, ihn auch wol zum Höltingsherrn, Merkerherrn, Oberwaldbot, oder wie man ſonſt den Præſidem collegii genannt, erwählet haben. Dieſes iſt die Veranlaſſung ſo vieler Holzerbſchaften, Höltinge, Merkergedinge ꝛc. ꝛc. wie ſehr wohl bemerket der gelehrte Herr Hofrath Reinhard d. l. §. 4. und iſt nicht abzuſehen, warum dergleichen Holzgerechtigkeiten auf das männliche Geſchlecht eingeſchränket ſeyn ſollten, daher dann auch beſagter Autor lehret, Condominium circa ſylvas conceſſum non adſcribendum feudis, ſi nulla fidelitatis mentio in codicillis conceſſionis occurrit. Daran fehlet es aber hier gänzlich, und das Privilegium Herzogs Georg iſt vielmehr auf alle Erben und Nachkommen gerichtet.

Beklagte ſchützten zwar vor, daß dieſe Holzgerechtigkeit jedesmal bey dem Mannsſtamm verblieben ſey. Aber daraus erhellet nicht, daß ſie bey ſelbigen verbleiben müſſe, wie Ludolf Symph. Vol. I. Conſ. 44. p. 1335. alſo gründlich lehret: Non ſufficit ad probationem excluſive conſuetudinis, ſi allegetur, in hoc vel illo caſu hereditatis ſucceſſiſſe ſolos maſculos, cum excluſione foeminarum, ſed oportet ſpecialiter doceri, ita propter conſuetudinem, vel vi

talis

talis conſuetudinis factum eſſe, non alia de cauſa, cum tale quid etiam contingere potuerit ex ſpeciali teſtatoris diſpoſitione, aut, in caſu inteſtati, ex amicabili compoſitione & pacto, unde aliqua neutiquam infertur conſuetudo (c). Es iſt bekannt, daß die Eigenthümer adelicher, bürgerlicher und Baurengüther ſelbige gemeiniglich ehe den Söhnen als den Töchtern laſſen, und daß man die Pertinentzien nicht leicht davon nimt, welche der Beſitzer des Sitzes, Hauſes oder Hofes am füglichſten nutzen kann, da hingegen die Töchter, wo möglich, mit Gelde abgeleget werden, weswegen, wenn eine Separatio feudi ab allodio geſchiehet, keinesweges alles dasjenige für Lehn zu halten, was die Lehnsfolger bisher beſeſſen. Sind gleich alſo ſeit Menſchen Gedenken zu Northeim die Holztheile den Söhnen verblieben, ſo erweiſet ſolches keine Qualitatem feudalem derſelben, da Beklagte nicht dargethan, daß in Ermangelung männlicher Erben die Töchter davon ausgeſchloſſen worden, ohne ein Aequivalent zu erhalten.

Endlich gründeten ſich auch ſelbige darin, daß 1690 der Klägere Vorfahren gerichtlich eingeſtanden hätten, die Holzerbſchaften blieben blos bey den Familien, und müſten einen männlichen Erben, tanquam feudum, anfallen. Es iſt aber dieſes nur von drey Intereſſenten geſchehen, welche den übrigen nicht ſchaden können. Das Geſtändniß der Lehnbarkeit führet nur alsdann einen Lehnsauftrag mit ſich, wenn ſie gegen den Lehnsherrn, nicht aber gegen andere geſchehen (d). Vermuthlich fanden diejenige, welche die Lehnbarkeit einräumten, ihre Rechnung dabey, daß der Intereſſenten Anzahl gemindert wurde, weil es andern, nicht aber ihnen, an einer zahlreichen männlichen Nachkommenſchaft fehlte, oder ſie waren übel unterrichtet, und vermeynten, weil die Töchter bisher an dem Holz keinen Theil gehabt, ſo wären ſie deſſen unfähig. Das Gegentheil erhellet aber aus dem Obangeführten, und iſt nicht die mindeſte Spur der Lehnbarkeit fürhanden, daher das irrige Geſtändniß widerrufen werden könnte (e).

(a) Herr REINHARD de Jure foreſtali Germanorum Sect. 3. §. 2.

(b) Herr B. von SENCKENBERG de Condominio pro indiviſo Cap. I. §. 8.

(c) Quamvis privati plurimi juri ſuo ceſſerunt, tamen efficere non poſſunt, ut alii ſuis cedere teneantur juribus, ſed magis in hiſce ſimilibusque admittenda eſt regula, rem inter alios conſentientes actam non poſſe nocere aliis contradicentibus, ac jus ſuum defendere volentibus VOET ad ff. Tit. de Legibus n. 31. Quin actus ex libertate mera geſti non pro-

 bant

bant conſuetudinem BOEHMER J. E. P. Lib. I. Tit. 4. §. 44. TITIUS Jur. priv. Lib. I. Cap. 7. §. 18, ſed requiruntur actus ex opinione neceſſitatis ſuſcepti Herr B. von CRAMER in den Wetzlariſchen Nebenſtunden Part. XII.

(d) Meine Nebenſtunden Part. III.

(e) LYNCKER Vol. II. Reſp. 72. n. 4. Probatur error præſumtionibus & demonſtrationibus, quando apparet rem aliter ſe habere, quod etiam locum habet in errore juris, quando conſtat de mala ejus interpretatione & intellectu. MENOCH Lib. 6. Præſ. 22. n. 8. 9. 10. HARPPRECHT Conſ. 52. n. 33.

CXXIX. Bedenken.

Wenn derjenige, welchem ein Stipendium zum Behuf ſeiner academiſchen Studien auf gewiſſe Jahre vermachet iſt, vor deren Ablauf die Univerſität verläſſet, ſo kann es nur von der Zeit begehret werden, da er ſich auf ſelbiger befunden.

Es heiſſet im L. 5. ff. de Annuis legatis: A vobis quoque cæteri heredes peto, ut uxori meæ præſtetis, quoad vivet, annuos decem aureos. Uxor ſupervixit marito quinquennio & quatuor menſibus. Quæro an heredibus ejus ſexti anni legatum integrum debeatur? Modeſtinus reſpondit integri ſexti anni legatum deberi. Dieſes beſtärken auch der L. 8. und 22. d. t. Stipendia werden aber den Annuis legatis beygezählet (a), und deswegen mögte man dafür halten, wenn der Stipendiat in das Jahr getreten ſey, ſo gebühre ihm das Stipendium vom ganzen Jahr, wenn er gleich nicht bis zu deſſen Endſchaft den Studien obgelegen (b). Es werden aber die Legata annua theils ohne Bedingung, und theils unter gewiſſer Bedingung jemand vermachet. Von der erſten Art ſind diejenige, deren in den angeführten Legibus Meldung geſchiehet. Des Teſtatoris Abſicht gienge allein dahin, dem Legatario eine Wohlthat angedeihen zu laſſen, und er überlieſſe es ſeiner Willkühr, welchen Gebrauch er davon machen wollte. Die Zahlung geſchahe im Anfang des Jahrs, und man hielte es für unbillig, das Empfangene zurück zu fordern, wenn der Legatarius für deſſen Ablauf mit Tode abgehet, weil er Eigenthümer der vermachten Sache worden, und ſie gleich nach dem Empfang wieder verſchenken oder verzehren, mithin auch ſeinen Erben hinterlaſſen können. Eine andere Bewandniß hat es, wenn

zu gewiſſem Gebrauch etwas jährlich vermachet iſt, als nemlich um drey Jahr auf Univerſitäten zu ſtudiren. Dieſes führet die Bedingung mit ſich, wofern der Stipendiat gethan, was der Teſtirer vorausſetzte, daß er thun würde und ſollte (c). Wäre ihm nicht beyzumeſſen, daß ſolches unterblieben, ſo gebührte derſelben das Legatum (d), keinesweges aber, wenn er es ohne Noth unterlaſſen (e).

(a) LEYSER Spec. 338. Med. 3.

(b) ZAUNSCHLIFFER de Jure ſtipendiorum ad ſtudia Cap. 4. §. 1.

(c) Omnis actus, qui ſuſpendit in futurum eventum, ſub conditione factus & geſtus intelligitur, licet conditio illa verbis expreſſa non fuerit, Conſilia Argentoratenſia nova Reſp. 135. p. 1366. 1367. ZIEGLER de Conditionibus th. 15. 23., & qui loquitur præſuppoſitive, videtur loqui conditionaliter. HOFMANN Tom. II. Conſ. 16. n. 15.

(d) L. 13. 20. ff. de Annuis legatis.

(e) LAUTERBACH C. T. P. Tit. de Annuis legatis §. 3. 8.

CXXX. Bedenken.

Vom Beweis der Gewohnheit, daß der Lehnträger die Lehnwaaren allein zu bezahlen habe.

Es iſt im Gandersheimſchen Landtagsabſchied §. 43. verſehen, daß die Lehnwaaren von den Gütern zu bezahlen, welche ein jeder ſelbſt, oder durch ſeine Afterlehnleute, des verſtorbenen Wittwen, oder dergleichen beſitzet, mithin geſchiehet die Zahlung nach Proportion der wirklich habenden Lehne. Als auch nach Abſterben Herzog Friedrich Ulrichs im Fürſtl. Hauſe Braunſchweig die Frage entſtunde, welchergeſtalt dergleichen der Kayſerl. Lehnscurie zu entrichtende Lehngelder zu vertheilen wären, hielte man dafür, daß es nach Proportion der beſitzenden Länder geſchehen müſſe, quoniam quem commoda conſequuntur, ejus ſunt etiam incommoda (a). Es wollte aber ein adelicher Lehnmann behaupten, daß, nach dem Herkommen ſeines Geſchlechts, der Senior dieſe Bürde allein zu tragen habe, und erwieſe, daß bey zwey Fällen die Quitungen über das Lehngeld nur auf ſelbigen gerichtet worden. Verſchiedene Rechtslehrer halten nun zwey oder drey Actus zum Beweis einer Gewohnheit für hinlänglich (b). Man kann auch dergleichen Gewohnheit für unvernünftig nicht

ausgeben, wenn gleich dem Lehnträger keine hinlängliche Gefälle von den Afterlehnen dagegen angewieſen worden, weil die Einrichtung ſowohl dem einen, als dem andern Schaden und Vortheil bringen kann, nachdem nemlich das Senium einer Linie öfter als der andern anfällt (c). Allein was zwey oder dreymal geſchehen, iſt nicht oft geſchehen (d), und glaublich, daß ein Irrthum dazu Aulaß gegeben. Gründeten ſich ſolche Actus auf ältere Pacta familiæ, ſo müſſen dieſe öfter befolget ſeyn, und an dem Beweis eines neuern Pacti könte es nicht wohl fehlen, wenn ſolches gemachet wäre. Sind gleich die Quitungen der Lehnhöfe auf den Seniorem familiæ geſtellet, ſo folget daher nicht, daß er von ſeinen Agnaten keinen Zuſchuß erhalten. An dem Gegentheil iſt um deſtoweniger zu zweifeln, wenn erhellet, daß jener dieſe darum gemahnet hat, wie in Sachen Bemigſen contra Bennigſen dargethan, und deswegen von Königl. Hannöverſcher Juſtizcanzley am 12. Decemb. 1759 erkant wurde, daß das angegebene Herkommen, wie recht, nicht erwieſen ſey.

(a) STUCKIUS Conſ. 25. n. 27. 28.

(b) BERGER O. J. Lib. I. Tit. I. §. 19. COCCEIUS Jur. controv. ff. tit. de Legibus Qu. 11. TITIUS Jur. priv. Lib. I. Cap. 7. §. 9. BOEHMER J. E. P. Lib. I. Tit. 4. §. 42.

(c) In iis quæ pendent a caſu & dubio eventu fortunæ, nulla læſio videtur conſiderabilis SANDE Lib. 3. Tit. 4. Def. 16. in Addit. HERTIUS Vol. I. Reſp. 55. n. 24.

(d) NOODT ad ff. Tit. de Legibus. VOET ad ff. d. t. §. 29. GUNDLING in Gundlingianis Part. VII Obſ. 3. §. 17. KEMMERICH de Probatione conſuetudinis & obſervantiæ Sect. 2. §. 4. Lit c.

CXXXI. Bedenken.

Wer die Münze eines Herrn, dem er nicht unterworfen iſt, machet, verdienet zwar die Todes- nicht aber die Feuerſtrafe.

Falſche Münzer machen ſich eines gedoppelten Verbrechens theilhaftig, nemlich des Criminis læſæ Majeſtatis, und eines Criminis falſi. Jenes wird nur wider den Landesherrn des Inquiſiten begangen. Die peinliche Halsgerichtsordnung beziehet ſich auf das Römiſche Recht, und bey den Römern konte keiner, ohne die Majeſtät zu beleidigen, Münze prägen, als welches Recht nur dem

Kayſer

Kayſer zuſtunde (a). Man wendet zwar ein, die Münzen der Reichsſtände wären Reichsmünzen, weil ſie kraft der vom Kayſer erlangten Münzgerechtigkeit geſchlagen werden. Aber die Reichsſtände üben alle Regalien vermöge Kayſerl. Conceſſionen aus. Nach dieſem Principio müſte man ſagen, daß auch fremde Unterthanen gegen jeden Reichsſtand ein Crimen perduellionis begehen, welches jedoch die güldene Bulle Tit. 24. §. 2. 3. den Churfürſten, als ein Vorrecht, beyleget, und alſo denen Fürſten verſaget (b). Es hält Herr J. S. BOEHMER ad Carpzov. Qu. 42. Obſ. 6. mit Recht dafür, majorem dolum incurrere, qui ſui, quam extranei Principis effigie per imitationem abutitur, und er bemerket d. l. Obſ. 3., qui nummos ad normam conventionis Statuum confectos nach dem Leipziger Fuß, non ad modum ab univerſo imperio approbatum, illicite fingunt, mitiori ſupplicio ſubjici; welches ich jedoch nicht billige, wenn einer ſeines Landesherrn Münze machet, deſſen Geſetze ihn ſowohl verbinden, als die Reichsgeſetze. Iſt fremdes geſchlagen, ſo halte ich die That für weniger ſtrafbar. Jedoch verdienet ſie die Todesſtrafe wegen des groſſen Nachtheils, welcher dem gemeinen Weſen daraus entſtehet.

(a) TITIUS ad Lauterbach Obſ. 1347. BLUMLACHER ad C. C. Art. CXI.

(b) GUNDLINGII Singularia ad Legem Majeſtatis Cap. 2. §. 40.

CXXXII. Bedenken.

Ein Teſtament, worin die Mutter übergangen worden, iſt nicht nullum, ſondern inficioſum.

Johann Beurmann und deſſen Ehefrau hatten 1721 ein Teſtamentum reciprocum errichtet, worin jenes Mutter übergangen worden. Dieſe ſtarb bald darauf 1722, der Sohn aber allererſt 1754. Deſſen Brüder fochten nun beſagtes Teſtament propter præteritionem matris als nichtig an, und ſie vermeinten, das Vitium ſey viſibile, daher der Wittwe und ihren Erben keine Manutenenz angedeihen könne. Von Bürgermeiſter und Rath zu Hardegſen wurde am 19. Sept. 1759 erkand: „Nachdem Hans Beurmanns Wittwe ſchon länger als 32 Jahr vor ihrem Sohn Johann Beurmann mit Tode abgangen, mithin deren ſonſt gehabte Anſprüche dadurch getilget und erloſchen worden, hiernächſt auch die hinterbliebene Wittwe in dem völligen Beſitz des Nachlaſſes die Jahre her, und bis an ihren Tod verblieben, ſo findet die angeſtellte Klage keine Statt.„

Von dieſem Erkenntniß appellirten Klägere an die Königl. Hannöverſche Juſtitz-canzley, und gründeten ſich in der Novella 115. Cap. 4. worin verſehen: Sancimus non licere liberis parentes ſuos præterire -- niſi cauſas, quas enumeravimus, in ſuis teſtamentis ſpecialiter nominaverint -- Si autem hæc omnia non fuerint obſervata, nullam vim hujusmodi teſtamentum, quantum ad inſtitutionem heredum, habere ſancimus, ſed, reſciſſo teſtamento, eis, qui ab inteſtato ad hereditatem defuncti vocantur, res ejus dari diſponimus (a). Daher denn ſehr viele Rechtslehrer ein Teſtament für nichtig halten, in welchem die Kinder ihre Eltern nicht zu Erben eingeſetzet haben (b), und zwar auch in dem Fall, wenn dieſe vor dem Sohn geſtorben, welcher das Teſtament errichtet hat, weil es Inſt. Lib. 2. Tit. 13. pr. heiſſet: Si filium ſilentio præterierit, inutiliter teſtabitur, adeo ut, ſi vivo patre filius mortuus ſit, nemo heres ex eo teſtamento exiſtere poſſit, quia ſcilicet ab initio non conſtiterit teſtamentum (c). Ob identitatem rationis iſt ein gleiches zu ſagen, wenn der Sohn die Mutter im Teſtament übergehet.

Allein dieſen ſtehet der Lib. 17. C. de inofficioſa teſtamentum ſehr entgegen, welcher verordnet: Cum filium tuum, te præterita, ſororem heredem inſtituiſſe proponas inofficioſi querelam apud Præſidem Provinciæ perſequi potes (d). Ein ſolches Teſtament iſt alſo keinesweges nichtig, ſondern es muß per querelam inofficioſi teſtamenti entkräftet werden. Daß dieſe Verordnung durch die Novellam 115. abgeändert ſey, ſtehet nicht zu vermuthen, und das Gegentheil erhellet daher, daß darin gemeldet wird, reſciſſo teſtamento, vocari heredes ab inteſtato. Denn man ſaget nur von demjenigen, ſo anfangs gültig geweſen, daß es reſcindiret ſey (e). Was in dergleichen Teſtamenten legiret worden, bleibet bey Kräften, welches nicht geſchehen könte, wenn es an ſich nichtig wäre (f). Deswegen halten viele bewährte Rechtslehrer dafür, es habe Juſtinianus durch die beſagte Novellam nur verordnen wollen, daß wenn die Eltern im Teſtament übergangen, oder nicht aus rechtlichen ausgedrückten Urſachen enterbet worden, ſolches wieder aufzuheben ſey, und, ſo viel die Inſtitutionem heredis betrift, keine Wirkung haben ſolle (g). Mag man aber daſſelbe nur mittelſt der Querelæ inofficioſi anfechten, ſo können, wenn die Eltern nicht geäuſſert, eine Klage anſtellen zu wollen, deren Erben es keinesweges thun, wie in L. 6. §. 2. ff. de Inofficioſo teſtamento alſo verſehen: Si quis, inſtituta accuſatione inofficioſi, deceſſerit, an ad heredem ſuum querelam transferat? Papinianus reſpondit, (quod & quibusdam reſcriptis ſignificatur) ſi poſt agnitam bonorum poſſeſſionem deceſſerit, eſſe ſucceſſionem accuſationis. Et ſi non ſit petita bonorum poſſeſſio, jam tamen cœpta controverſia,

vel præparata, vel ſi, cum venit ad movendam inofficioſi querelam, deceſſit, puto ad heredem tranſire (h). Es erhellet aber nicht, daß die verſtorbene Mutter ihr Erbrecht behaupten wollen. Ueberdem ſind verſchiedene Rechtslehrer der Meynung, daß ex æquitate prætoris ein Teſtament bey Kräften bleibe, wenn die übergangene Eltern vor dem Teſtirer mit Tode abgangen (i). In obangeführtem Fall beſtätigte demnach die Königl. Hannöverſche Juſtizcanzley des Richters erſter Inſtanz Erkentniß 1759, weil Querela inofficioſi, welche der im Teſtament übergangenen Mutter zugeſtanden, auf ihre Erben nicht transmittiret worden.

(a) Conf. Auth. ex cauſa C. de liberis præteritis.

(b) MANZIUS de Teſtamento valido & invalido Tit. 9. Qu. 1. n. 17. STRYK U. M. Tit. de Inofficioſo teſtamento §. 2. 11. SVENDENDOERFER ad Eckholt d. t. §. 1. COCCEIUS Tom. II, Conſ. 307. num. 10. BOEHMER ad Inſt. Lib. 2. Tit. 13. §. 7. Lit. s. REINHARTH de Querelarum nullitatis & inofficioſi teſtamenti differentiis §. 8.

(c) Conf. L. 7. ff. de Liberis & poſthumis.

(d) Conf. L. 14. ff. de Inofficioſo teſtamento.

(e) Herr Ober Appellationsrath PUFENDORF Tom. II. Obſ. 9 §. 3. JCTI TUBINGENSES Tom. I. Conſ. 26. n. 39.

(f) VINNIUS Select. Quæſt. Lib. 2. Cap. 20. p. 388.

(g) ZOESIUS ad ff. Tit. de Liberis & poſthumis n. 23. 24. SANDE Lib. 4. Tit. 2. Def. 4. HUBER ad ff. Tit. de Liberis & poſthumis §. 8. LAUTERBACH C. T. P. Tit. de Inofficioſo teſtamento §. 17. TITIUS ad Lauterbach Obſ. 164. JCTI TUBINGENSES d. l. n. 32. 33. 37. 44.

(h) FABER in Rational. ad d. L. 6. Lit. d. MÜLLER ad Struv. Ex. 10. §. 29. Lit. e. BERGER O. l. Lib. 2. Tit. 4. §. 55. not. 1. COCCEIUS d. l. n. 11. REINHARTH d. l. p. 12.

(i) STRYK de Succeſſione ab inteſtato Diſſ. 9. Cap. 4. §. 15. VOET ad ff. Tit. de Liberis & poſthumis §. 5. WERNHER Tom. III. Part. II. Obſ. 354.

CXXXIII. Bedenken.

Das Zeugniß eines Anverwandten machet, wenn Adminicula fürhanden, einen halben Beweis.

Es heiſſet in L. 3. §. 2. ff. de Teſtibus: Ex ſententia animi tui de æſtimare oportet, quid aut credas, aut parum probatum tibi opinaris (a). Zwar iſt ein Arbitrium vagum legibus haut informatum ſehr zu mißbilligen, und es findet nur in ſolchen Fällen Platz, welche die Geſetze ohnentſchieden gelaſſen (b). Kein ausdrückliches Geſetz verſaget aber dem Zeugniß des Blutsverwandten allen Glauben, wenn die Umſtände gläublich machen, was ſie ausſagen (c), auch ſogar der Brüder und Schweſtern (d). In einem gewiſſen Fall war 1) der Zeugenführerin Vater Bruder ein redlicher auf der Grube gehender Mann, von dem nicht zu vermuthen, daß er ſeines Bruders Tochter zu Gefallen einen falſchen Eid ſchwören würde; das Objectum litis auch 2) nicht dergeſtalt beſchaffen, daß der Ausgang der Sache dieſe glücklich oder unglücklich machen können. Die Ausſagen beſtärkten 3) Teſtimonia obwohl injurata (e), und 4) bezeugte ein Teſtis juratus zwar nicht ausdrücklich das Probandum, aber einen Umſtand, der es gläublich machte. Da nun auch Præſumtiones den Richter bewegen können, jemanden zum Juramento ſuppletorio zu laſſen (f), ſo wurde von der Königl. Hannöverſchen Juſtitzcanzley am 4. Dec. 1759 erkand, daß Klägerin in ſupplementum mittelſt Eides zu erhärten ſchuldig ſey, daß die 1000. Rthlr. qu. ihr zuſtändig, und eben die Gelder geweſen, welche aus der von den D. V. ausgeſtellten, und ihr in der Theilung zugefallenen Obligation über 2500 Rthlr. annoch rückſtändig geblieben.

(a) Conf. LEYSER Spec. 283. Med. 1.

(b) LUDOLF de Jure Camerali Sect. 2. §. 7. n. 19. TEXTOR de Arbitrio Judicis Th. 4. 5. KRAUS de Arbitrio Judicis §. 8. 10. 33. 39.

(c) VOET ad ff. Tit. de Jurejurando §. 29. BOEHMER Tom. III. Part. II. Dec. 400. n. 6. LEYSER Spec. 283. Med. 23.

(d) BERGER E. D. F. pag. 716.

(e) Dieſe wirken eine Præſumtion J. S. STRYK de Teſtimonio injurato C. 4. §. 2. LEYSER Spec. 288. Med. 8.

(f) MEVIUS Part. V. Dec. 172. HARPPRECHT Conſ. 25. n. 67. 68. STRYK de Semiplenæ probationis exiſtentia C. 4. n. 100. LEYSER Spec. 141. Med. 1.

CXXXIV. Bedenken.

Von einem Teſtament, welches durch einen mit keiner ſchriftlichen Vollmacht verſehenen Mandatarium dem Gericht übergeben worden.

Johann Henrich Harting hat am 20. Febr. 1753 ein Teſtament vollzogen, und mittelſt deſſelben ſeine Ehefrau zur Univerſalerbin eingeſetzet, welches am 27. Novemb. beſagten Jahrs der Kaufmann Johann Chriſtian John dem Amt Salzderhelden übergabe, mit der Anzeige, daß ihn Harting bey ſeiner jetzigen Schwachheit darum erſuchet hätte; da dann dieſem die Verſicherung ertheilet iſt, daß darüber gehalten werden ſolle. Der Teſtator verſtarb 1758, und vier Wochen nachher ſeine hinterlaſſene Wittwe. Derſelben Schweſtermann nahm von der Erbſchaft Beſitz, weswegen ihn die Hartingiſche Erben ab inteſtato vor dem Amt Salzderhelden belangten, und begehrten, daß man ſie in die Poſſeſſion des ſämtlichen Nachlaſſes ihres verſtorbenen Bruders ſetzen, auch Beklagten zu deſſen gerichtlicher Manifeſtation anhalten mögte. Nach einem weitläuftigen Schriftwechſel wurden die Acten zum Spruch Rechtens an die Helmſtädtiſche Juriſtenfacultät geſand, und dieſe hat am 1. Sept. 1759 erkand, daß Implorat in die Poſſeſſion der ſämtlichen Verlaſſenſchaft Johann Hinrich Hartings und deſſen gleichfalls verſtorbener Ehefrau zu immittiren, und darin ſo lange zu ſchützen, bis Imploranten ihre gegen die Gültigkeit des Teſtaments gemachte Ausflüchte in petitorio ausgeführet, compenſatis expenſis; von welchem Urthel die Erben ab inteſtato an die Königl. Hannöverſche Juſtitzcanzley appellirten.

Ob wohl nun ſehr viele Rechtslehrer dafür halten, daß ein letzter Wille per procuratorem dem Gericht nicht übergeben werden könne, welche Opinio, nach dem Zeugniß BERGERI in Suppl. ad E. D. F. Part. II. p. 1743, uſu fori recepta iſt, ſo hat jedoch die widrige Meynung einen beſſern Grund, weil die Rechte gemeiniglich in den Geſchäften Procuratores zulaſſen, und wegen der Teſtamente nirgend eine Ausnahme machen (a). Dieſe Meynung haben auch, nach BERGERI Zeiten, die mehreſte Rechtslehrer angenommen, und ſchreibet RIVINUS de Teſtamento per procuratorem Judici oblato §. 8., hodie illam communem opinionem fere dicendam, quæ procuratorem a publico teſtamento in totum non excludit; und BOEHMER Tom II. Conſ. 643. n. 46., „es ſey kein Zweifel, daß dieſe Sententia bey den Judiciis Hannoveranis in praxin deduciret ſey, als welche mehr auf die genuina Juris Romani placita, als der Sächſiſchen Doctorum tradita & opiniones ſehen.„ Es wird aber allerdings erfordert, daß

der Procurator ein Mandatum ſpeciale erweiſe (b), und ſind, in Ermangelung einer ſchriftlichen Vollmacht, zu deren Beweis zwey Zeugen nöthig (c). Daran fehlte es nun in dieſem Fall, und war nicht genug, daß der Kaufmann John einen Auftrag vorgegeben hatte (d). Es bezeugte jedoch der Amtmann Schröder, daß er von dem verſtorbenen Harling befraget ſey: ob ihm des Amtmann Schneiders Erben ſein Teſtament geliefert hätten? und daher war kein Zweifel fürhanden, daß die Uebergabe mit deſſen Vorbewuſt und Willen geſchehen, maſſen die Anfrage auf kein anderes Teſtament gedeutet werden konnte, da nur dieſes, und zwar vom Teſtatore eigenhändig geſchrieben, fürhanden war. Des Amtmanns Zeugniß erweiſet auch ſo viel als zweyer Zeugen Ausſagen (e). Weilen dennoch aber die Præſumtio pro fide judiciali probationem contrarii zuläſſet, und von dem Verfaſſer eines Protocolls begehret werden kann, daß er es beſchwöre (f), was aber der Amtmann auſſer dem Protocoll bezeuget, keinen mehrern Glauben verdienet, als was er demſelben einverleibet, mithin den Klägern bevor bleibet, eine eidliche Depoſition der ſpeciellern Umſtände der bey dem Amtmann geſchehenen Anfrage zu begehren, ſo wurde von der Königl. Hannöverſchen Juſtitzcanzley 1760 erkand: Daß, weil beſage des in actis primæ inſtantiæ befindlichen gerichtlichen Zeugniſſes das ganz unverdächtige Teſtament qu., mit Vorbewuſt und Willen des Teſtatoris, im Gericht niedergeleget worden, Beklagter und Appellat bey der Erbſchaft ſo lange zu ſchützen ſey, bis Kläger und Appellanten die Ungültigkeit ſolches letzten Willens in petitorio dargethan haben.

(a) LEYSER Spec. 354. Med. 4. BOEHMER Tom. II. Conſ. 643. n. 18. RIVINUS d. l. §. 9. BALSER de Forma teſtamenti judicialis externa §. 75.

(b) BOEHMER Tom. III. Part. III. Conſ. 513. n. 7. 8. LEYSER d. l.

(c) RIVINUS d. l. §. 18.

(d) ALTIMARUS de Nullitatibus contractuum Rubr. 1. Part III. Qu. 31. n. 111.

(e) HORN de Probatione plena per unum teſtem. cap. 2. th. 16. MEIER de Uno teſte plene probante cap. 2. th. 4.

(f) WERNHER Part. I. Obſ. 12. KEMMERICH de Secretariis, protonotariis & actuariis judicialibus §. 14.

CXXXV.

CXXXV. Bedenken.

Ob die Præſcriptio immemorialis durch ein Geſetz interrumpiret wird?

Ein Geſetz interrumpiret ſowohl die Verjährung, als eine erhobene gerichtliche Klage (a). Man ſchränket ſolches jedoch auf die Præſcriptionem ordinariam ein, und hält dafür der Immemoriali ſchade jene nicht, weil ſie kein Modus acquirendi iſt, ſondern die Vermuthung wirket, daß vor Alters ein Recht erlanget worden (b). Wenn ein Lex prohibitiva fürhanden, welcher das bisher gegoltene Recht gänzlich abſchaffet, ſo iſt ſonder Zweifel der Beweis unerheblich, daß jemanden vor der Promulgation dieſes neuen Geſetzes eine Befugniß zugeſtanden, welche ihm ſelbiges entzogen, weil der Geſetzgeber, des gemeinen Beſtens halber, denen Unterthanen Jura quæſita nehmen mag. Es wird aber nicht vermuthet, daß beſondere dem gemeinen Weſen unnachtheilige Gewohnheiten und Gerechtſame, welche einer oder der andere hergebracht, durch ein allgemeines Geſetz aufgehoben ſind, cum ſpecialia ſpecialiter, non per generales leges ſint abroganda. Obwohl demnach die Chur Braunſchweigiſche Zehendordnung von 1709. §. 25 (c) will, daß die Anmeldung der Sommerfrüchte dem Zehendherrn alsdenn geſchehen, und der Zehende allererſt gezogen werden ſoll, wenn deren gröſter Theil gebunden, geſchocket und trocken gemachet worden, ſo lieſſe man dennoch die Zehendpflichtige zum Beweiß, daß ſie von undenklichen Jahren mit dem Einfahren nicht gewartet, bis alle Früchte gebunden geweſen (d).

(a) BERGER O. J. Lib. 2. Tit. 2. §. 26. not. 12. KRAUSIUS de Interpellatione præſcriptionis §. 11. Lit. d.

(b) WERNHER Part. IV. Obſ. 5. n. 122. Part. IX. Obſ. 220. BOEHMER Tom. *III.* Part. *III.* Conſ. 658. n. 14. 18.

(c) Chur-Braunſchweigiſche Landesordnungen Cap. IV. p. 1105. 1006.

(d) PUFENDORF Tom. I. Obſ. 112.

CXXXVI. Bedenken.

Wer vorgiebet, daß ſein Advocat in einer Schrift etwas irrig angeführet, muß nach Ablauf der dreytätigen Friſt den Irrthum erweiſen.

Es hält LEYSER Spec. 45. Med. 5. dafür, daß man die in Abweſenheit der Partheyen von denen Advocaten in ihren Schriften begangene Irrthümer zu allen Zeiten verbeſſern könne, und daß ſolches nur innerhalb drey Tagen geſchehen, oder nach deren Ablauf der Irrthum erwieſen werden müſſe, wenn in der Partheyen Gegenwart etwas Irriges angegeben worden. Jenes ſoll die Regul ſeyn, und ſolche der L. 1. und 2. C. de Error. Advoc. enthalten, hingegen L. 3. d. t. ſich eine Exceptio a regula finden.

Andere wollen, es ſey zu vermuthen, daß der Prinzipal geleſen, was ſein Advocat geſchrieben hat (a). Aber ſolches geſchiehet vielfältig nicht, bevorab wenn die Partheyen ungelehrt, oder abweſend ſind, daher dieſe Vermuthung auf ſchwachen Füſſen ſtehet.

Allein wenn nach LEYSERI Meynung der L. 2. die Regul enthält, ſo muß regulariter der in einer Schrift begangene Irrthum erwieſen werden, weil es daſelbſt heiſſet: Si condemnationem, cujus mentionem libello inſertam eſſe proponis *manifeſté probare potes*, non interceſſiſſe, allegationes tuas lædi non oportere, is qui ſuper negotio diſceptaturus eſt, non ignorabit. Denn hieraus erhellet, daß wenn in dem Vorhergehenden geſaget wird: Errores eorum, qui deſideria, id eſt, preces ſcribunt, veritati præjudicium afferre non poſſe manifeſtum eſt; der Imperator vorausſetzet, daß der Irrthum am Tage lieget. Billig ſollte eine jede Parthey, was in ihrem Namen übergeben wird, leſen, oder ſich vorleſen laſſen, bevorab wenn es auf Facta ankömt, welche ihr bekand ſind, und den aus deſſen Unterlaſſung entſtandenen Schaden muß ſie ſich ſelbſt beymeſſen. Unſere ſchriftliche Proceſſe würden noch mehr verlängert und verwirret, wenn einem jeden frey ſtünde, was ſein Schriftſteller eingeräumet hat, zu widerrufen, welches auch daher niemand zu verſtatten (b), wie alſo von der Königl. Hannöverſchen Juſtitzcanzley in Sachen Bergmann wider Winter 1760. erkand worden.

(a) HARPPRECHT Vol. nov. Conſ. 4. n. 63.

(b) BARBOSA ad L. 2. C. de Error. Advoc. BRUNNEMANN ad d. L. 2. MÜLLER ad Struv. Ex. 7. th. 12. Lit. β. p. 360.

CXXXVII. Bedenken.

Den Unmündigen gedeihet die Reſtitutio in integrum wegen verſäumter Fatalien an, wenn ſie ſich gleich an den Vormündern erholen können.

Es lehret BRUNNEMANN ad L. 13. num. 71. 72. C. de Judiciis, contra præſcriptionem judicialem minoribus non dari reſtitutionem, niſi in ſubſidium, ſi cauſa amiſſa, deſidia vel fraude tutoris, und nach der Meynung WERNHERI Part. I. Obſ. 264. erhellet es aus beſagtem L. 13. deutlich. Er thut zwar hinzu, conſtantem praxin recepiſſe, ut minoribus indiſtincte, non excuſſis curatoribus per reſtitutionem in integrum ſubveniatur. Allein darauf dürfen die Chur-Braunſchweigiſche Richter nicht achten, welche angewieſen ſind, an keine Opiniones Doctorum ſich zu kehren, wenn ſie den Geſetzen zuwider laufen. Ich vermeine aber, daß die Praxis in dieſem Fall ſelbigen gemäs iſt. Der L. 3. C. ſi Tutor vel curator intervenerit enthält folgende Regul: Etiam in his, quæ minorum tutores vel curatores male geſſiſſe probari poſſunt, licet perſonali actione a tutore vel curatore ſuum conſequi poſſint, in integrum reſtitutionis auxilium eisdem minoribus dari, jam pridem placuit. Von dieſer Regul machet nun der L. 13. §. 11. C. de Judiciis eine Ausnahme in dem Fall, ſi curatorum deſidia triennium fuerit elapſum, & cauſa ceciderint pupilli, quod tunc lis quidem nihilominus ſuum habeat vigorem, omnis autem jactura, quæ ex hac cauſa oritur, ad tutores redundet, ſin autem non ſufficiat pupillis eorum ſubſtantia, tunc iis ſuperſit in integrum reſtitutionis auxilium. Allhier aber iſt keinesweges die Rede von allen Præſcriptionibus judicialibus, ſondern nur von dem Triennio, binnen welchen, nach der Verordnung Juſtiniani, die Cauſæ civiles zur Endſchaft gebracht werden ſollen (a). Mit dieſen hat es eine beſondere Bewandniß, und davon läſſet ſich auf alle gerichtliche Verſäumniß nicht ſchlieſſen, weil dem gemeinen Weſen weit mehr daran gelegen, daß die Proceſſe, ſo oft es möglich, binnen drey Jahren zu Ende geben als daß andere Fatalia ſo genau beobachtet werden; wie denn eben deswegen das Tempus inſtantiæ den minoribus läufet, obwohl andere Præſcriptiones temporales ihnen unſchädlich ſind (b). Die Göttingiſche Juriſtenfacultät hat daher in Sachen Schmale contra die Spangenbergiſche Kinder mit gutem Grunde dafür gehalten, daß der L. 13. C. de Judiciis nur in einem beſondern die Tempora inſtantiarum betreffenden Fall eine Ausnahme von der Regul machet, und dem Minori die Wahl läſſet, ſich an dem Gegentheil, oder an ſeinem Vormund zu erholen. Dieſe Ausnahme findet aber bey uns keinen Platz, da der dreyjährige Ter-

minus litium finiendarum in Teutſchland nimmer angenommen worden, daher den Spangenbergiſchen Kindern die Königl. Hannöverſche Juſtitzcanzley Reſtitutionem in integrum angedeihen laſſen, obwohl ſie vielleicht der Vormund ſchadlos halten können.

(a) WISSENBACH ad L. 13, C. de Judiciis §. ult. HUBER ad ff. Tit. de Minoribus §. 7. VOET ad ff. d. t. §. 53. JCTI TUBINGENSES Tom. VI. Conf. 65. n. 17.

(b) L. 5. C. in quibus cauſis in integrum reſtitutio neceſſaria non eſt. BARBOSA ad L. 11. C. de Judiciis. Herr B. von CRAMER Opuſc. Tom. IV.

CXXXVIII. Bedenken.

Von dem Unterſcheid zwiſchen einfältigen und der Vernunft beraubten Leuten.

Chriſtoph Daniel Eike, hat, in Betracht des ihm einige Jahre her gegebenen Eſſens, Trinkens, und Wohnung, auch gegen ein Verſprechen, daß ſolches ohne Koſtgeld zu begehren, ihm auf Lebenszeit gereichet werden ſolle, am 11. Sept. 1748 ſeinem Bruder Johann Heinrich Eiken, und, wenn dieſer vor ihm verſtürbe, deſſen Sohn Johann Jürgen alle das Seinige unwiderruflich geſchenket, ſich jedoch auf Lebenszeit den Uſumfructum vorbehalten, welche Schenkung von dem Magiſtrat zu Einbeck beſtätiget worden. Die übrige Erben ab inteſtato begehrten, daß dem Chriſtoph Daniel ein Curator beſtellet, und Jürgen Heinrich angehalten werden mögte, wegen der bisher geführten Curatel Rechnung abzulegen. Sie erwieſen, daß derſelbe und Wedemeyer ſich des Chriſtoph Daniels Curatores genant hatten. Wem aber ſolche beſtellet worden, von dem iſt zu vermuthen, daß er ſeinen Sachen ſelbſt nicht vorſtehen könne (a). Ueberdem hatte Chriſtoph Daniel ſeinen Anverwandten ein Haus verkaufet, ohne dem Käufer die Zahlung oder Verzinſung des Kaufgeldes anzumuthen, und einen Garten, der 90 Rthlr. werth, für 16 Rthlr. weggegeben, welches Kennzeichen der Thorheit ſind (b). Ihm wurde auch beygemeſſen, daß er Menſchenkoth aufgeſamlet, und Leute geſcholten haben, die ihm keinen Anlaß dazu gegeben. Es iſt aber ein ſorgfältiger Unterſcheid zwiſchen der Vernunft beraubten und einfältigen Leuten zu machen. Jene wiſſen nicht was ſie vornehmen (c). Dieſen aber mangelt eine ſtarke Beurtheilungskraft. Sie machen ſich daher zu-

weilen

weilen lächerlich. Thun aber ſelten etwas ganz Unvernünftiges (d). Chriſtoph Daniel Eike hatte 1) die ihm im Gericht vorgelegte Fragen mit Vernunft beantwortet. Er verrichtete 2) ſeine Haus- und Feldarbeit ſo gut als andere, und die Geiſtlichkeit truge 3) kein Bedenken, ihm das heilige Abendmahl zu reichen. Daß demſelben 4) von der Obrigkeit Curatores beſtellet ſind, iſt unerwieſen, und es verdiente nicht gebilliget zu werden, wenn ſolches wider ſeinen Willen geſchehen. Das von deren Beſtellung genommene Argument hat nur alsdenn Kraft, wenn man die Gemüthsbeſchaffenheit eines Menſchen, wegen ſeines Abſterbens, nicht hinlänglich erforſchen kann. Auch langet 5) eine und die andere lächerliche Handlung zum Beweis der Unvernunft nicht hin, noch auch 6) die von Chriſtoph Daniel ſeinen Anverwandten durch obgedachten Verkauf wiederfahrne Wohlthaten, und daß er 7) diejenige ausgeſcholten, welche ihn für einen Thoren ausgaben. Es wurde daher von dem Einbeckſchen Stadtmagiſtrat am 8. May 1754 und von der Königl. Hannöverſchen Juſtizcanzley 1760 erkand, daß Johann Gerhard Eike und Conſorten nicht dargethan, noch mittelſt der exhibirten Articulorum zu erweiſen vermögten, daß Chriſtoph Daniel Eike ſo blöden Verſtandes iſt, daß er von dem Seinigen nicht diſponiren könne, und ihm wider Willen ein Curator zu beſtellen ſey.

(a) MENOCH Lib. 6 Præſ. 45. n. 44. STRYK de Dementia & melancholia Cap. 2. §. 18.

(b) MENOCH d. l. n. 58.

(c) LAUTERBACH C. T. P. Tit de Curatoribus §. 20.

(d) THOMASIUS de Præſumtione furoris & dementiæ §. 17. 29. BERGER O. I. Lib. I. Tit. 2. §. 4. CRELL de Probatione ſanæ mentis §. 4.

CXXXIX. Bedenken.

Ob es dem Eigenthümer ſchadet, wenn der Pächter ſeines Guths zugiebet, daß ein Dritter währender Pachtjahre durch die Verjährung ſolches ſchmälert.

Die Verordnung des L. 12. C. de Acquirenda & retinenda poſſeſſione iſt ganz klar, wenn es in ſelbigen heiſſet: Ex libris Sabinianis quæſtionem in divinas noſtri numinis aures relatam tollentes definimus, ut ſive ſervus, ſive procurator,

tor. vel colonus, vel inquilinus, vel quiſpiam alius, per quem licentia eſt nobis poſſidere, corporaliter nactam poſſeſſionem cujuſcunque rei dereliquerit, vel alii prodiderit, deſidia forte vel dolo, ut locus aperiatur alii eandem poſſeſſionem detinere: nihil penitus domino præjudicii generetur, ne ex aliena malignitate alienum damnum emergat. Man hält daher mit gutem Grunde dafür, daß es dem Eigenthümer nicht ſchadet, wenn der Pächter ſeines Guths geſchehen läſſet, daß ein Dritter binnen einer ſo langen Friſt, als die Verjährung erfordert, etwas, ſo dazu gehöret, als das Seinige gebrauchet, oder auch in demſelben Rechte übet, die ihm vor der Verpachtung nicht zugeſtanden (a). Denn ohne eine Poſſeſſion zu erlangen, kann niemand etwas präſcribiren. Indem alſo der L. 12. dem Pächter das Vermögen entziehet, ſeinem Verpächter durch Verſäumniß oder Bosheit um den Beſitz zu bringen, behindert er, daß wider ſelbigen die Verjährung zu laufen anfänget.

Es wird aber 1) die Verſäumniß oder Bosheit des Pächters hier voraus geſetzet, an welcher niemand zweifeln kann, wenn der Dritte allererſt während der Pachtjahre zu präſcribiren angefangen. Hingegen iſt jenem weder Deſidia noch Dolus beyzumeſſen, wenn er die Sache in dem Stande gelaſſen, worin er ſie gefunden, und z. E. den Zehendpflichtigen verſtattet hat, die Früchte einzufahren, bevor ſie alle gebunden geweſen, obwohl es der Zehendordnung zuwiderläufet, wenn ſolches vor ſeinen Zeiten erlaubet worden. Das letztere iſt zu vermuthen, weil nicht leicht ein Pächter etwas ihm zum Nachtheil gereichendes einräumet. Wer eine Culpam oder Dolum vorgiebet, muß ſolchen erweiſen (b).

2) Findet der L. 12. ſeine Zueignung nicht, wenn der Eigenthümer ſelbſt ſaumſelig geweſen, als wenn er z. E. dem Pächter keine Zehendbeſchreibung zugeſtellet, und dadurch veranlaſſet hat, daß dieſer denjenigen die Zehendfreyheit gegönnet, denen ſie nicht gebührte (c). Inſonderheit lieget ihm ob, ſo bald er den vom Pächter begangenen Fehler in Erfahrung gebracht, denſelben zu verbeſſern, und ſeine Poſſeſſion zu behaupten (d). Hat er demnach von dieſen vernommen, daß einige Zehendpflichtige ſich weigern den Zehenden verabfolgen zu laſſen, und dazu ſtillgeſchwiegen, ſo iſt derſelbe um den Beſitz kommen, und die Verjährung fänget von ſolcher Zeit an zu laufen.

(a) CARPZOV Part. II. Dec. 115. STRUV Ex. 42. §. 35. BRUNNEMANN Cent. 5. Dec. 80. SCHILTER Ex. 45. §. 60. SCHOEPE de Servitutum præſcriptione extinctiva C. 3. §. 2.

(b) CARPZOV Part. II. Conſt. 26. Def. 18. n. 7. 8. LYNKER Vol. I. Reſp. 99. n. 99. BOEHMER Tom. III. Pert. I. Conſ. 58. n. 22.

(c) BOEHMER d. l.

(d) L. 7. ff. de Adquirenda vel amittenda poſſeſſione FABER in Cod. Lib. 7. Tit. 7. Def. 4. LEYSER Spec. 451. Med. 5.

CXL. Bedenken.

Wenn der Teſtirer aufgezeichnet hat, oder ſonſt erweislich iſt, daß ein Legatarius von ihm abgefunden worden, ſo kann dieſer das Legatum von deſſen Erben nicht fordern.

Titius hat in ſeinem am 8. Mart. 1754 errichteten Teſtament der Cajæ 200. Rthlr., ihrer Schweſter, ſo auf ſie folget, gleichfalls 200 Rthlr., und derſelben jüngſten Schweſter 100 Rthlr. legiret, ad marginem dieſer eigenhändig geſchriebenen und vor fünf Zeugen vollzogenen Diſpoſition aber folgendes verzeichnet: „Was dieſen Dreyen vermachet, ceſſiret, weil ſie bey meinem Leben abgefunden.„ Selbige forderten aber dem ohngeachtet beſagte Legata, weil in dem dem Amt übergebenen Duplo des Teſtaments ſich dieſe Annotation nicht findet. Nun leidet keinen Zweifel, daß einem Legatario nichts ferner gebühret, wenn er dasjenige, ſo ihm vermachet worden, bey Lebzeiten des Teſtirers von ihm erhalten (a). Daß aber ſolches geſchehen, lieget den Erben zu erweiſen ob, und man mögte dafür halten, die bloſſe Annotation des Titii ſey zur Aufhebung des Legati unzulänglich, weil ſolche, nach der gemeinen Meynung, vor fünf Zeugen geſchehen muß (b). Es iſt jedoch in klaren Textibus juris verſehen, daß Legata und Fideicommiſſa nuda voluntate revociret werden können, welches in L. 3. §. 11. ff. de Adimendis vel transferendis legatis alſo geſchiehet: Non ſolum autem legata, ſed & fideicommiſſa adimi poſſunt, *& quidem nuda voluntate.* Unde quæritur an etiam inimicitiis interpoſitis fideicommiſſum non debeatur? & ſi quidem capitales vel graviſſimæ inimicitiæ interceſſerint, ademtum videri quod relictum eſt: Sin autem levis offenſa, manet fideicommiſſum. Secundum hæc & in legato tractamus doli exceptione oppoſita; und es heiſſet in L. 4. §. 10. ff. de Doli mali & metus exceptione: Sciendum eſt, ſi quis quid ex teſtamento contra voluntatem petat, exceptione eum doli mali repelli ſolere, & ideo heres, qui non habet voluntatem, per exceptionem doli repellitur. Deswegen hat das Königliche Ober-Appellationsgericht 1747 erkand, daß es auf den ſuper ademptione le-

gati bezeugten Willen des Teſtatoris ankomme (c). Setzet man nun ſolches voraus, ſo iſt zu Entkräftung der angeſtellten Klage hinlänglich, daß Titius ſchriftlich zu erkennen gegeben hat, wie er wolle, daß das Legatum ceſſiren ſolle. Aller Vermuthung nach iſt ſeine Annotation der Wahrheit gemäß, und er hat die Legatarias vergnüget. Da aber die Revocatio legati nach Willkühr ohne Anführung einiger Urſach geſchehen können, ſo müſte ſelbige Wirkung haben, wenn ſie auch mit des Teſtatoris Wiſſen und Willen aus einer falſchen Urſach geſchehen wäre, daher die Königl. Hannöverſche Juſtitzcanzley 1760 erkand hat: Weil aus des Teſtatoris eigenhändiger Annotation erhellet, wie er nicht gewollt, daß ſeine Erben den Klägern die legirte Gelder entrichten ſolten, ſo werden Beklagte von angeſtellter Klage entbunden.

(a) L. 22. de Legatis II. BRUNNEMANN ad d. L. VOET ad ff. Tit. de Adimendis vel transferendis legatis §. 6.

(b) BERGER O. I. Lib. II. Tit. 4. §. 30. BARDILI de Revocatione ultimæ voluntatis §. 82. JCTI TUBINGENSES Tom. VIII. Conſ. 84. n. 53.

(c) PUFENDORF Tom. II. Obſ. 116.

CXLI. Bedenken.

Die Spolienklage mag in ſummariiſſimo angeſtellet werden.

Es will LEYSER Spec. 505. Med. 4. und mit ihm andere Rechtslehrer behaupten, daß die Spolienklage zum Poſſeſſorio ordinario gehöre, weil das Summariſſimum nur Platz finde, wenn es ungewiß, wer der eigentliche Beſitzer iſt, und daher zu fürchten, es mögten die Partheyen einander in die Haare gerathen, falls ein jeder ſeine vermeinte Poſſeſſion zu behaupten ſuchet. Wer aber bekennet, daß er aus derſelben geſetzet worden, dem ſey unerlaubet, einen Verſuch zu thun, das Verlohrne durch die Selbſthülfe wieder zu erlangen, folglich falle das Periculum pugnæ hinweg, welches die Einführung des Summariiſſimi veranlaſſet habe. Es werde alſo vom Kläger ein vollenkommener Beweis erfordert, und langten keine durch Notarios aufgenommene Zeugenverhöre hin.

Aber dieſes alles ſetzet voraus, daß derjenige, welcher die Spolienklage anſtellet, den Beſitz fahren laſſen, und die Hofnung aufgeben müſſen, ihn zu behaupten. Wenn es nicht dahin kommen, ſo ſchaden Eingriffe und Turbationes

nes niemanden (a). Wer über dieſe Klage führet, und Reſtitutionem ſpolii begehret, geſtehet keinesweges, daß er aus der Poſſeſſion geſetzet ſey (b), mithin mag er ſie ſo gut als möglich behaupten, worüber es zu Thätlichkeiten kommen kann, welche zu behindern, ein eben ſo ſchleuniger Proceß erfordert wird, als wenn demjenigen, der Manutenenz begehret, annoch nichts genommen iſt. Dieſes räumet auch LEYSER d. l. Med. 5. 6. 7. ein, und läſſet das Poſſeſſorium ſummariiſſimum zu, ubi poſſeſſio non aufertur, ſed ſaltem turbatur. Tunc enim, qui non acquievit, poſſeſſorium ſummariiſſimum inſtituere, & illi actionem ſpolii admiſcere poteſt, cum probata poſſeſſione, probatum ſit ſpolium. Sonder Zweifel kann aber auch, wenn die præſentanea poſſeſſio ſtreitig iſt, die Spolienklage allein angeſtellet werden, und der Richter muß ſie auf das ſchleunigſte entſcheiden, weil in deſſen Ermangelung Mord und Todſchlag zu befürchten (c), mithin iſt nur ein halber Beweis zu fordern (d).

(a) Moleſtationes & turbationes contra poſſidentem, qui non habuit ſe pro ſpoliato, haud ſunt attendendæ, neque illi præjudicant, quin ſit habendus pro poſſeſſore, POSTIUS de Manutenendo Obſ. 71. n. 8.

(b) Qui de ſpolio queritur, eo ipſo ſe dejectum eſſe, non confitetur. Spolii nomine intelliguntur etiam turbationes, & petita redintegratio intelligitur, quatenus opus. LUDOLF Symph. Vol. I. Conſ. 41. p. 1032.

(c) Denn bey dergleichen Umſtänden iſt das Judicium ſpoliationis momentaneum, quod ſummarie & veluti in momento expeditur, wie STRYK de Appellatione illicita C. 3. §. 6. lehret, welchen alſo beypflichtet LUDOLF Obſ. for. 4. p. 25.: In ſummario de ſolo facto turbationis, aut dejectionis quæritur, quod vel manutentione alterius, vel injuncta reſtitutione compeſcitur, remiſſa quæſtione pleniore ad ordinarium; und MOSER im Reichshofraths-Proceß Part IV. p. 732. 733. ſchreibet hievon: „Ich zweifele keinesweges, daß nach Beſchaffenheit der Umſtände einem, der ad recuperandam poſſeſſionem agiret, ſelbige blos in ſummariiſſimo ſo lange zugeſprochen werden könne, bis der Gegentheil in poſſeſſorio ordinario ein habendes Recht dargethan hat.„

(d) VOET ad ff. Tit. Uti poſſidetis §. 6. BERGER Elect. proc. poſſ. §. 26. BOEHMER de Vero uſu remedii poſſeſſorii ordinarii & ſummarii C. 3. §. 10.

CXLII. Bedenken.

Das falſche Angeben einer Mutter, daß ihr Sohn in der Ehe gezeuget worden, hat wider ihn keine Kraft, wenn ſolches zu ſeinem Nachtheil gereichet.

Einer Mutter Angabe, daß ihr Sohn auſſer der Ehe, und wol gar im Ehebruch erzeuget worden, iſt ihm unſchädlich (a). Vielweniger kann dieſelbe, wenn ſie und ihr Ehemann geſtanden, daß er des Kindes Vater ſey, ſolches ſo ſchlechterdings widerrufen (b). Wenn aber dieſem vorträglicher wäre, eines bemittelten Mannes Hurkind, als bettelarmer Leute eheliches Kind zu ſeyn, ſo iſt es zum Beweis der angegebenen Filiation zu laſſen. Nicht ſelten beweget man einen elenden Kerl durch Geld, eine geſchwängerte Perſon zu heyrathen, und ſich für den Vater des Kindes auszugeben. Das empfangene Geld bringet er bald herdurch, und alsdenn mangelt ihm das Vermögen, dem Kinde Unterhalt zu ſchaffen. Dieſes fähret alſo bey ſeiner Standeserhöhung ſehr übel, daher ihm der Mutter Angeben unnachtheilig iſt, wenn es den wahren Vater erweiſen kann (c). Es muß aber vorgängig die äuſſerſte Armuth der Eltern dargethan werden, weil in deren Entſtehung dieſe verbunden ſind, für das Geld, ſo man ihnen gegeben, das Kind zu erhalten. Im poſſeſſorio iſt zum Beweis hinlänglich, wenn deſſen Curator auſſer Zweifel ſtellet, daß bisher nicht die vorgegebene Eltern, ſondern ein anderer dem Kinde die Alimenta gereichet (d). Es mag auch dieſen darüber, und über andere relevante Umſtände ein Eid deferiret werden (e).

(a) GAILIUS Lib. II. Obſ. 97. n. 8. STRYK de Obligatione affirmantis circa ſtatum hominum §. 20. JCTI ALTORFINI Vol. II. Reſp. 99. n. 30. BOEHMER I. E. P. Lib. 4. Tit. 17. §. 39.

(b) Cap. 10. X. de Probationibus LYNCKER Vol. I. Reſp. 93. num. 32.

(c) TUSCHUS Lit. F. Concl. 347. n. 21.

(d) Idem d. l. n. 32. 36. 89. GRATIANUS Diſcept. for. Tom. I. Cap. 135. n. 49.

(e) HORN Claſſ. 3. Reſp. 23. n. 4. 5. 8.

CXLIII. Bedenken.

Von dem Meyerding zu Rößing.

Im Amt Calenberg zu Rößing finden ſich Meyerdingsgüther, welche denjenigen gleich ſind, die im Stift Hildesheim anzutreffen, von denen ich in der Tractation de Bonis Meierdingicis gehandelt habe.

Se. Königl. Majeſtät von Großbritannien als Dominus directus empfangen 1) von jedem Morgen $1\frac{1}{3}$ Himbten Hildesheimſche Maaß. Die Aecker dürfen 2) ohne des Erbenzinsherrn Conſens weder verpfändet, noch verkaufet werden. Er kann aber ſolchen dem Meyerdingsmann ohne Urſach nicht verſagen, jedoch das Näherrecht gebrauchen, und heißet es in dem Meyerdingsprotocoll von 1604: „Der Meyerdingsmann ſoll zuförderſt den Meyerdingserben und dem Guthsherrn das Guth anbieten, und wenn es denſelben unannehmlich, mag er mit einem fremden handeln. Auch im Protocoll von 1615: „ Gefraget: Ob die Meyerdingsgüter nicht billig bey den Höfen, dabey ſie von Alters geweſen, bleiben ſollen? Erkand: Es gebe ein jeder ſein Gebühr davon. Darum brauchte es ein jeder nach ſeiner Gelegenheit. Beamte: Contradiciren dieſer Urtel. Müſte die Länderey bey den Höfen bleiben. Meyerdingsleute: Auf dieſe der Beamten beſchehene Contradiction laſſen ſie es bey dem vorigen Erkenntniß, wie im vorigen Protocoll zu finden, bewenden. Und im Protocoll von 1656: Gefraget: Ob nicht die Meyerdingsgüter bey den Höfen, dabey ſie von Alters geweſen, bleiben ſollen? Erkand: Wann jeder ſeine Gebühr davon gäbe, mögte ers nach ſeiner Gelegenheit brauchen. Beamte: Widerſprechen dieſer Erkenntniß. Laufe dem Landtagsabſchied zuwider, und könnten daher darin nicht willigen.„ Solcher Contradiction ohngeachtet, ſind aber die Veräuſſerungen vor wie nach geſchehen, und iſt dieſes dem Herkommen bey andern Meyerdingen gemäß, welche, daß die Güter oft in andere Hände kommen, vielmehr zu veranlaſſen, als zu behindern ſuchen, weil die Umſaat dem Meyerdingsherrn alsdenn oft entrichtet wird, und auch die Meyerdingsleute beym Verkauf ein Gewiſſes an Brod, Bier, Schinken und Geld empfangen. Solche Umſaat, oder das Laudemium iſt bey den Rößingſchen Meyerdingen vermöge Protocolli von 1618, wenn ein Verkauf geſchiehet, der dritte Pfennig, und bey Verpfändungen von 100 Rthlr. $2\frac{1}{2}$ Gülden. Ich finde jedoch, daß als in neuern Zeiten $1\frac{1}{2}$ Morgen für 90 Rthlr. verkaufet worden, die Umſaat nur mit 2 Rthlr. 9 mgr. bezahlet iſt. 4) Empfänget der Meyerdingsherr das Hals-

thun, und nach des Meyerdingsmannes Tode die Baulebung, nemlich vom Meyer das nächſte Pferd nach dem beſten, und vom Köther die nächſte Kuh nach der beſten. Dieſes iſt ein Ueberbleibſel der alten Knechtſchaft, und ſind die Meyerdingsleute zu Rößing ehemals Homines proprii geweſen, wie ſich denn in den Protocollis findet, daß annoch 1618 eines Meyerdingsmannes Tochter frey gekaufet worden. Das Mortuarium oder die Baulebung entrichten ſonſt alle diejenige, welche Meyerdingsland beſitzen, es ſey ſo wenig als es wolle. Zu Rößing geſchiehet es aber nur von den Inhabern der Höfe, bey welchen die Länderey geleget geweſen, wenn ſie gleich jetzo in ganz andern Händen iſt. Dieſes muß durch beſondere Verträge alſo eingeführet, und die Laſt von dem Lande auf die Höfe geleget ſeyn. Endlich 5) ſtehet dem Meyerdingsherrn die Jurisdiction über das Meyerdingsland zu. Er darf aber die Rechtshändel nicht nach Guthbefinden entſcheiden, ſondern muß ſolches den Meyerdingsleuten überlaſſen, welche es, beſage der Protocollorum, auch vormahls zu Rößing gethan. Daſelbſt iſt in langen Jahren kein Meyerding gehalten, und es kann auch ſolches ohne jemandens Nachtheil künftig unterbleiben. Die dem Meyerdingsherrn gebührende Aufkünfte werden dem ohngeachtet füglich beygetrieben, bevorab wenn man die Veräuſſerungen und Verpfändungen genau verzeichnet, und den Beſitzern auferleget, ſie bey Strafe der Caducität dem Amt Calenberg jedesmal zu melden. Dieſes übet anjetzt die dem Meyerding zuſtehende Gerichtbarkeit, woran ſonſt die Bauren groſſen Theil hätten, von welchen die ſchlechteſte Erkenntniſſe zu erwarten, weil, da faſt ſeit hundert Jahren kein Meyerding gehalten worden, ſie zu Rößing der Meyerdingsrechte unkundig ſind, welche die Hildesheimſche Meyerdingsleute aus einer vieljährigen Praxi erlernet haben. Es erfordert auch das Gericht Koſten, und wird dabey weidlich geſoffen, aus den Beuteln derjenigen, die geſtrafet werden, oder ſich anſetzen laſſen, welches alles den Unterthanen zur Laſt gereichet.

CXLIV. Bedenken.

Von dem Recht der Väter, ihre Kinder in einer der drey Religionen erziehen zu laſſen, welche im teutſchen Reich angenommen ſind.

Es iſt eine Wirkung der väterlichen Gewalt, daß ein Vater ſeine Kinder, ſo wohl Töchter als Söhne, nach Gutbefinden, in einer der drey im Römiſchen Reich eingeführten Religionen kann erziehen laſſen. Dieſes Principium erkennen Catholiſche und Evangeliſche für richtig. Als demnach 1726 die Salzburgiſche

burgiſche Comitialgeſandtſchaft das Corpus Evangelicorum erſuchte, bey der Stadt Regensburg ſeine Officia dahin anzuwenden, daß man dem Catholiſchen Prugger die drey Kinder, welche er mit einer Evangeliſchen Frau erzeuget, aus dem Regensburgiſchen Evangeliſchen Waysenhauſe verabfolgen laſſen mögte, iſt ſolches ſo fern geſchehen, daß ihm die eilfjährige Tochter und der achtjährige Knabe ausgeliefert, die älteſte Tochter aber, welche im ſechszehnten Jahr, und bereits mit den Evangeliſchen communiciret hatte, verſaget worden, weil ſie ad annos diſcretionis kommen (a).

Nach des Vaters Tode werden die Kinder auch in ſeiner Religion erzogen, wenn er nicht ein anders verordnet hat, und iſt deswegen vom Kayſerl. Reichshofrath in Sachen von Auffaß wider von Auffaß erkand, es ſey zu unterſuchen, in welcher Religion der verſtorbene Vater in ſeiner Lebenszeit den unmündigen Sohn auferziehen und unterweiſen laſſen (b).

Solte aber das Kind ſelbſt ſich erklären, wider des Vaters Willen eine andere Religion annehmen zu wollen, ſo iſt ihm ſolches zu erlauben, wenn es die Annos diſcretionis erreichet hat. Bey den Nürnbergiſchen Friedens-Executionstractaten konte man ſich darüber nicht vergleichen, weil viele Jahre erfordert würden, daß ein Menſch ſich nach der Freyheit ſeines Gewiſſens zu einer Religion bekennen möge? Die Catholiſche wolten deſſen Beſtimmung auf das Gutachten ihrer Geiſtlichen ausgeſtellet seyn laſſen, welche in jedem Caſu ſingulari, aus dem anzuſtellenden Examine, es zu determiniren hätten, und begehrten, daß man vier Waysenkindern, welche nur 14, 12 und 10 Jahr alt waren, freyſtellen mögte, welche Religion ſie annehmen wolten (c). Die Evangeliſchen hingegen erforderten ein ſechszehnjähriges Alter. Dieſelbe äuſſerten jedoch endlich, daß, wie ſie und die Catholiſche vor dieſem in puncto annorum diſcretionis bis auf ein Jahr von einander geweſen, alſo wolten ſie ſolches nachgeben, und das funfzehente Jahr pro termino diſcretionis ſetzen (d).,, Es iſt aber nichts daraus worden, wie folgender ſummariſcher Bericht des Collegii Deputatorum ergiebet: ,,Quod annos diſcretionis iſt man im Collegio erſtens ſo weit kommen, daß die Deputati Augſpurgiſcher Confeſſion hierzu ſechszehn, die Catholici allein aber funfzehn Jahr beſtimmet, und man alſo nur um ein Jahr von einander geweſen. Hernach haben die Catholici ſich geändert, und die Annos diſcretionis darauf geſtellet, wenn eine Perſon das erſtemal zur Beichte und Communion admittiret würde, und endlich alles der Geiſtlichen Deciſion überlaſſen, allegirend, daß ſolches den Principiis ſuæ Religionis gemäß ſey. Das haben nun die Deputati

tati Augſpurgiſcher Confeſſion endlich Ratione der Catholiſchen Kinder dahin geſtellet ſeyn laſſen, hingegen aber Ratione der Evangeliſchen Kinder dahin gegangen, daß ſelbige per principia ſuæ religionis & juriscommunis vor dem ſechszehnten Jahr nicht pro diſcretis zu halten (e).„ Zu unſern Zeiten hat man eben dieſe Frage in den Reichskündigen Auffäſſiſchen, Erthaliſchen und Zentgrafiſchen Sachen erörtert, und die Catholiſche, beſonders aber Herr HABERMANN behaupten wollen, daß ein Alter von 14, 12, 10 und 8 Jahren ad eligendam Religionem reif genug ſey (f). Im Salzburgiſchen ſind auch 1735 den Emigranten die zwölfjährige Kinder vorenthalten, welche declariret haben, Catholiſch werden zu wollen (g). Hingegen iſt von dem Corpore Evangelicorum der Satz eifrig vertheidiget, „daß weil im Religions- und Weſtphäliſchen Frieden Anni diſcretionis nicht exprimiret ſind, man billig demjenigen inhärire, was die Natur und Erfahrung an Hand gebe, und folglich an Kindern, die über wichtige ihr zeitliches und ewiges Wohl oder Weh betreffende Sachen ſich entſchlieſſen ſollen, ſolche hinlängliche Jahre deſiderire, da ein reifes Judicium ſich erſt zu äuſſern pflege, und wirklich ſich äuſſere (h).„ Es hat auch die Halliſche Juriſtenfacultät ausgeführet, daß Knaben von 14. 12. und 8 Jahren kein Judicium diſcretivum haben, mithin derſelben Wiſſenſchaft und Vires intellectus zu prüfen ſind, wenn man verſichert ſeyn wolle, daß ſie von den Gründen einer Religion zu urtheilen vermögen (i). In einem Pro Memoria, welches das Corpus Evangelicorum dem Chur-Pfälziſchen Geſandten in der Zentgrafiſchen Sache inſinuiren wollen, finden ſich folgende Worte: „Wenn auch ſolche drey Kinder alle ſchon ihre Annos pubertatis & diſcretionis erreichet hätten, dennoch ſolches noch bis dieſe Stunde höchſtens nur, und nachdem man ihre Auslieferung bereits etliche Jahre lang verweigert hatte, von dem nunmehro vierzehnjährigen Aelteſten geſaget werden kann, das Zweyte hingegen anjetzo erſt 10 und das Dritte 8 Jahr alt iſt (k); woraus man folgern mögte, daß das vierzehnte Jahr pro anno diſcretionis erkand worden. Es erhellet aber aus den bisher angeführten, wie die Evangeliſche von allen Zeiten das Gegentheil behauptet haben, daher dieſe Worte des Corporis nur ſo viel anzeigen, daß es höchſtens möglich ſey, bey einem vierzehnjährigen Knaben ſolche Vires intellectus, und eine ſolche Wiſſenſchaft anzutreffen, daß er Religionsſtreitigkeiten zu beurtheilen vermöge.

Kann aber ein Vater ſich ſeines Rechts begeben, und verſprechen, die Kinder in der Mutter Religion erziehen zu laſſen? Ich zweifle daran keineswegs, und es geſchiehet vielfältig (l).

(a) FABRI Staatscanzley Part. LII. pag. 117.

(b) Idem Part. LV. pag. 20. 67. Reichshofraths-Concluſa Tom. VI. Concluſ. 40.

(c) MEIERN Acta Pacis Executionis Part. II. p. 804. 813.

(d) Ibid. p. 812. 815. 825.

(e) Ibid. p. 871.

(f) FABER d. l. Part. LVIII. p. 61.

(g) Reichsfama Part. XXI. p. 415.

(h) FABER d. l. Part. LVII. p. 69.

(i) BOEHMER Tom. I. Reſp. 1. 2. 3.

(k) FABER d. l. p. 96. 97.

(l) SCHAUROTH Concl. Corp. Evang. Tom. II. p. 280. 282. 283. Tom. III. p. 984. 997. PFAFFII Inſt. Jur. Eccleſ. Proteſtant. p. 159. WERNHER Princip. Jur. Eccleſ. C. 5. §. 17. BOEHMER I. E. P. Lib. 3. Tit. 42 §. 5. ESTOR Jur. publici Eccleſ. Proteſtant. Cap. 14. §. 16. Reichshofraths-Concluſa Tom. VI. Concl. 40. FABER d. l. Part. VIII. pag. 860. Part. LV. pag. 20.

CXLV. Bedenken.

In welchem Fall das Geld, womit ein Bruder vom Lehn abgeleget worden, eine Lehnſchuld iſt.

Wenn ein Bruder den andern vom Lehn ableget, nachmals ohne männliche Erben ſtirbet, und das Lehngut dem abgelegten anfällt, ſo erhält dieſer Rem & pretium, dafern er das noch nicht abgeführte Kaufgeld von des Bruders Landerben beytreibet, oder die zu ſeiner Ablage gemachte Schulden nicht übernimmt. Dieſe ſind alſo in Abſicht auf ihn Lehnſchulden (a). Ererbet aber nicht das Lehn der abgelegte, ſondern ein Dritter, alsdenn kann man von dieſem mit Billigkeit nicht fordern, daß er eine Schuld abführen ſolle, in welche er nicht gewilliget hat, und woraus ihm überall kein Vortheil enſtanden (b). Ein Bruder hatte dem andern für ſeinen Antheil des Lehns 16000 Rthlr. gegeben. Beyde giengen ohne männliche Erben mit Tode ab, und des Verkäufers Allodialer-

 ben,

ben forderten das Kaufgeld von dem Lehnsfolger: welchen aber die Königl. Hannöverſche Juſtizcanzley 1760 von der angeſtellten Klage abſolviret.

(a) STRYK de Obligatione feudali conſenſu munita C. I. n. 19.

(b) Herr Ober Appellationsrath PUFENDORF Tom III. Obſ. 139. §. 6.

CXLVI. Bedenken.

Der Lehnsfolger, welcher, des ertheilten Conſenſus halber, für den verſtorbenen Vaſallen eine Schuld bezahlen müſſen, begehret billig, daß man ihn aus deſſen Erbgütern ſchadlos halte.

Der Cämmerer von Reden hatte für ſeinen Vetter den von Reden zu Pattenſen und Gleidingen, deſſen Lehne auf ihn vererbfället wurden, eine conſentirte Schuld von 6000 Rthlr. bezahlet, und verlangte aus deſſelben Erbe ſeine Schadloshaltung. Nun vermeinet zwar STRUV S. I. F. C. 14. §. 24. n. 4. cum agnatus, cujus conſenſu feudum pignori datum, ejus reluitionem in ſe receperit, illi negotiorum geſtorum actionem contra heredes allodiales vaſalli non dari, quia non alienum, ſed proprium negotium geſſit. Aber dieſe Meynung verwerfen mit Recht andere (a). Denn ein Agnat, welcher die Verpfändung des Lehns genehmiget, will dadurch nur dem Gläubiger Sicherheit, und dem Schuldener Credit ſchaffen. Keinesweges aber verſpricht er die Schuld aus dem Seinigen zu bezahlen, wenn es aus des Schuldners Erbgütern geſchehen kann, und begiebet ſich des Rechs wieder zu fordern, was er nur im Nothfall, wenn daraus der Gläubiger nicht zu vergnügen ſtünde, für ihn zu entrichten verſprochen, als welches eine Schenkung mit ſich führet, und daher nicht zu vermuthen iſt. Ihm ſtehet alſo die Actio negotiorum geſtorum zu, weil durch die geſchehene Zahlung das Erbe verbeſſert worden. Im gegenwärtigen Fall leidet ſolches um deſtoweniger Zweifel, da der Cämmerer von Reden in dem am 10. Febr. 1745 ertheilten Conſens ausdrücklich declariret hat, „daß ſolcher nur blos Securitatem crediti zum Endzweck habe, mithin er ſich und ſeinen Leibeslehnserben bey ereignendem Lehnsfall die Schadloshaltung aus dem von ſeinen Herren Lehnsvettern zu Gleidingen und Pattenſen nachzulaſſenden Allodio zu nehmen reſervire.„ Die Forderung der 6000 Rthlr. iſt daher an ſich gegründet. Aber der Kläger muß ſeine Schadloshaltung aus dem Concurs erwarten. Von der Königl. Hannöverſchen Juſtizcanzley iſt alſo 1760 in Sachen von Reden wider von Alten erkand.

(a) Carpzov Part. II. Conſt. 46. Def. 2. Mevius Part. V. Dec. 192. n. 3. Hildebrand de Excuſſione allodii ante feudum Cap. 2. §. 9.

CXLVII. Bedenken.

Von Afterbelehnungen.

Seit hundert und mehr Jahren ſind die Lutterbachen, und deren Nachkommen die Heiſen zu Bishagen, ſamt ihren ſowol weiblichen als männlichen Leibeserben, von denen von Uslar beliehen mit ohngefähr zwey Aeckern Landes, wovon ſie jedes Jahr zwey junge Hahnen, als einen Erbenzins, nach Elbickerode auf den Hof liefern. Die Königl. Lehncammer lieſſe ſich bewegen, dieſes Land von den Heiſen zurück zu fordern, weil die von Uslar nicht befugt geweſen, ſolches ohne lehnsherrlichen Conſens dergeſtalt zu verleihen. Es iſt auch der Lehnsherr unverbunden, von adelichen Ritterlehnen einen ſo elenden Zins anzunehmen (a), und Herr Estor in den kleinen Schriften Tom. I. p. 736. hat mit vielen Exempeln erwieſen, daß bey den Teutſchen Afterlehne ohne Vorwiſſen und Genehmigung der Ober-Lehnsherren nicht ertheilet worden. Ein Beſitz von undenklichen Jahren erweiſet auch keinesweges, daß die Afterbelehnung geſchehen, ehe der Vaſall das Lehn erhalten, und da der Lehnsherr ſolche zu behindern unvermögend iſt, ſo läufet keine Verjährung wider denſelben (b). Eine andere Bewandniß hat es, wenn nach und nach mehre Familien ein Guth zu Afterlehn gegeben, als von denen nicht zu glauben, daß ſie es ohne Schuldigkeit gethan, ſondern daß der Afterlehnmann ein unwiderrufliches Recht gehabt, ehe der Lehnsherr das Lehn erhalten (c). In gegenwärtigem Fall wuſte man von keinem andern Lehnsherrn, als denen von Uslar. Sollte alſo die Afterbelehnung dem Oberlehnsherren die Hände binden, ſo war ihre Gültigkeit ſehr zweifelhaft. Aber die Heiſen ſchrieben ausdrücklich: „Ueberdem wiſſen wir uns gar wohl zu beſcheiden, daß unſer Recht nicht länger als das Jus ſubinfeudantis dauret.„ Nachdem dieſe Declaration geſchehen, ſtehet der Königl. Lehncammer die Exceptio deficientis intereſſe entgegen (d). Die Königl. Hannöverſche Juſtitzcanzley erkandte daher 1760: „Nachdemmalen Beklagte declariret haben, wie ſie ſich wohl beſcheiden, daß ihr Recht nicht länger als das Jus ſubinfeudantium daure, mithin die geſchehene Afterbelehnung Königl. Lehncammer ganz unſchädlich iſt, ſo werden jene von angeſtellter Klage abſolviret.„

(a) Herr PUFENDORF Tom. III. Obſ. 140. §. 7. FLEISCHER Inſt. Jur. feud. C. 18. §. 4.

(b) PERTSCH de Jure ſubvaſalli in ſubfeudo feudo aperto §. 17.

(c) JCti Helmſtadienſes beym PHILIPPI de Agris vectigalibus Cap. 2. th. 2.

(d) WERNHER Part. VII. Obſ. 142. B G. STRUV Jurisprud. feud. C. 18. §. 4. KOPP in den Proben des teutſchen Lehnrechts p. 322. PERTSCH d. l.

CLXVIII. Bedenken.

Ob denen Eltern und Seitenverwandten des Meyers ein Erbrecht an den Meyergütern zuſtehet, bevorab, wenn ſie von dem erſten Erwerber nicht abſtammen.

Ich habe in meiner Commentation de Jure Villicorum C. 8. §. 7. und in den Acceſſionibus Obſ. 46. die Meynung gemißbilliget, welche das Erbrecht der Meyer auf die abſteigende Linie einſchränket, und dieſes iſt auch von der Rintelſchen Juriſtenfacultät 1745 in Sachen von Hasberg contra Brokmann alſo geſchehen: „Es mögten zwar für Supplicanten folgende Gründe erheblich ſcheinen, daß 1) die Fürſtliche Policeyordnung C. 44., imgleichen die Conſtitution von Redintegrirung der Meyerhöfe de 1699 C. 1. §. 11., und andere per modum extractus dem Supplicantiſchen Libello gravaminum beygelegte Landesverordnungen nur allein der Erben des letzteren Poſſeſſoris gedenken, und aber 2) nach dem Jure communi bekand, quod heredum appellatione ſoli deſcendentes regulariter verſtanden werden.

L. 7. pr. ibi heredum nomen eſt indictum ff. de bonis damnat.

L. 7. §. 3. ſi tabulæ teſt. nulla exſt.

L. 50. §. 2. de bonis libertor.

cum 3) votum parentum, & naturalis erga filios charitas ſolis liberis hereditatem paternam deſtineat

L. 15. pr. de inoffic. teſt.

Daher 4) unter dem Worte Erben regulariter collaterales nicht mitbegriffen werden, beſonders da die von Supplicanten angeführte Landesconſtitutiones nur

allein

allein de ſucceſſione deſcendentium Erwehnung thun, ohne der Collateralverwandten auch nur im geringſten zu gedenken, weshalb 5) gedachte L. L. provinciales ultra non expreſſa nicht zu extendiren,

Mevius Part. II, Dec. 30, n. 4. Dec. 185. n. 7.

und dieſes um ſomehr, da 6) die heutige Meyer tempore conſtituti Juris meierici nur ſchlechthin Adminiſtratores rerum dominicarum waren,

Strube de Jure Villicorum C. I. ab init.

du Fresne in Gloſſario Medii ævi voce *villici miniſteriales.*

und daher 7) ad beneplacitum, omni plane jure hereditario ceſſante, könnten abgeſetzet werden,

Magnum Chronicon Belgicum apud Piſtorium Tom. I. Script. Hiſt. Germ. p. 162.

Auch 8) mit rechtlichen Beſtande keine Mutation präſumiret werden mag,

Boehmer jur. Eccleſ. L. II, Tit. 23. §. 5.

Menoch L. VI. præſumt. 88.

cum omnis mutatio factum ſupponat, hinc ab allegante, & qui in eo ſe fundat, probandum

L. 22. ff. L. 16. C. de probat.

Billig 9) der Supplicatin aufzuerlegen ſeyn mögte, die ſich in auctiori jure Colonorum, quam fuit tempore conſtitutionis, & ſucceſſione collateralibus etiam conceſſa gründet, ſolche ihre Intention rechtlicher Art nach zu erweiſen. Nicht zu gedenken, wie 10) dem Domino prædii meierici plenum dominium cum excluſione coloni zukomme,

Schilter de jure Emponematum §. 26.

Boehmer de Locat. & Conduct. prædior. ruſt. cap. I. §. 2.

Strube de Jure Villicorum C. II. §. 3.

Ludewig in Jure Clientel. S. III. C. 4. p. 3. & paſſim.

Welches 11) cum omni effectu &, ut jus liberæ diſpoſitionis ſartum tectumque maneat, zu verſtehen per vulgata. Auch 12) die Polizeyordnung C. 44. §. 4 die Prædia meierica nur als von dem Grundherrn dem Colono geliehen anſiehet, cujus vocis leyhen is proprius ſignificatus, ut mutuum vel commodatum indicet.

Schilter in Gloſſario voce leyhen.

Nun aber 13) bekandt, quod nemo ad rem commodandam vel mutuo dandam cogi poſſit, per notoria. Endlich 14) nach dem Jure feudali bekand, quod foemina ſemel excluſa in infinitum maneat excluſa.

I. F. 6. §. 1. ibi alterius foemina non admittatur.

II. F. 30.

Gail L. II. O. 148. n. 1. & plures alii DD.

Welches hieher als einem Analogo feudi wohl könnte gezogen werden. Zu geſchweigen wie 15) dem Domino kein ingratus colonus aufzudringen, und 16) eine Inhabilitas perſonæ daher erſcheinen mögte, daß Supplicatin eine Frauensperſon, und daher ad præſtandas operas nicht ſo geſchickt als ein männlicher Colonus; weshalb denn eine Reformatoria für Supplicanten zu hoffen ſtünde.

Weil aber und da doch 1) ausgemachten Rechtens, daß die Succeſſio regulariter ad collaterales etiam deveniens ſo wohl jure communi als Germanico begründet zu achten.

Conferantur omnes omnino DD. de Succeſſione ſec. Nov. 118. & mores in Compendiis ff. & Inſt.

eum 2) quisque charitatis innatæ affectu non ſibi ſolum, ſed & cognatis proſpexiſſe videatur,

L. 15. pr. de inofficioſo teſt.

Auch beſonders 3) in den Meyerſtätten den Erben die Succeßion ausdrücklich fürbehalten worden.

Pol. Ordn. C. 44. §. 2.

welche generale Diſpoſition ratione der Erben 4) mit ausdrücklichen Worten und angeführten Landesordnungen.

Strube de Jure Villicorum C. VIII. §. 2. 6 & 7.

ad collaterales extendiret, und auch Obſervantiam Comitatus Hoyenſis, & hinc fere localem præjudicio in Sachen von Behr contra Prechten beſtätiget.

Ibid. §. 7.

welches um ſo mehr 5) in der Billigkeit gegründet, als heutiges Tages der Contractus meiericus eine Species locationis conductionis

Strube de Jur. Villic. C. II. §. XI.

de Ludewig Jure Clientelari L. III. c. 8. §. 3.

Nun

Nun aber 6) bekand, quod omnis locatio conductio ordinarie ſit in heredes tranſitoria, quippe qui in omnia defuncti jura, hinc & locatione conductione quæſita ſuccedunt

L. 10. C. locati conducti Conf. præſertim de Jue meierico.

Ludewig c. l. & ſeqq. §§.

auch die dagegen in rationibus dubitandi angeführte Gründe, his ſuppoſitis, inapplicabel werden, angeſehen qua n. 1. der in rat. dec. 4. angeführte STRUBE ſolchen Zweifel ſattſam hebet, welcher ohnedem von weniger Erheblichkeit, da das Wort Erbe mit dem lateiniſchen Hæres vollenkommen correſpondiret, darunter aber alle in

Nov. 112.

angeführte Perſonen, und folglich Collaterales gleichfalls begriffen werden. *Qua* 2 & 3. iſt bekand, quod proximiores excludant a ſucceſſione remotiores, und iſt alſo das Wort Heres, ſi liberi exiſtant, ratione reliquorum cognatorum, von den erſtern eben ſowohl nur privative zu verſtehen, als, ſi proximiores deficiant, von dem im 17ten Grad verwandten iutuitu 2. gradus cognatorum. Qua 4 & 5. iſt das in gedachten Landesconſtitutionen gebrauchte Wort Erben ſo wohl ſchon durch andere Landesgeſetze declariret, und ad collaterales extendiret, als auch ſecundum jus commune & nov. 112. zu erklären, ubi, deficientibus liberis, collaterales ad ſucceſſionem vocantur. Qua 6. 7. & ſeq. iſt zwar freylich ein in jurisprudentia höchſt gegründeter Satz, quod in dubio ad origines jurium ſit reſpiciendum, deſſen Nutzen ſich täglich in critiſchen rechtlichen Entſcheidungen äuſſert. Aber bey den klaren in rat. dec. angeführten Provincialverordnungen fallen alle Zweifel weg, und würde es vergeblich ſeyn, bey den angezogenen, und woraus die Mutatio juris hodierni a primo conſtituto valde devii erhellet, annoch Probationem zu fordern. Qua 10. iſt zwar der Grundherren plenum dominium ratione prædiorum meiericorum ausgemacht, aber dieſes hindert im geringſten nicht, daß eine perpetua locatio conductio dabey ſtatt haben könne. Gebrauchen auch gleich *qua Rat. Dub.* 12. die Landesgeſetze bey den Prædiis meiericis das Wort leyhen, und iſt ſolches in genuino ſignificatu de mutuo vel commodato zu verſtehen, ſo zeigen doch auch *Schilter l. c.* und andere *Gloſſatores* hinlänglich, quod hac voce omnes contractus, per quos alteri traditur res ad uſum, reſervato tradenti dominio, begriffen werden. Der Satz *qua rat. dubit.* 14. de fœmina ſemel excluſa ſemper excluſa iſt von bewährten Rechtslehrern, als

Schilter ad Jus Feudal. Aleman. p. 325.

Struv.

Struv, Syntagm. Juris Feud. Cap. IX. §. 8. n. 6.

und andern ſattſam widerleget, und auf die Textus obſtantes hinlänglich geantwortet worden, zu geſchweigen, daß wenn auch dieſer Theſis in jure feudali bewähret wäre, dennoch derſelbe allhier, da wir in materia odioſa ſcil. a ſucceſſione excluſiva verſiren, billig zu reſtringiren, und ad non expreſſa nicht zu extendiren ſeyn würde.

L. 14. de LL.

Daß dem Domino kein ingratus colonus aufgedrungen werde, verordnen zwar die LL. provinciales ſehr erweislich. Aber ſie wollen zugleich dieſes eben nicht dem Beneplacito Domini überlaſſen, ſondern erfordern juſtas diſſentiendi cauſas.

Policeyordnung Cap. 44. §. 8.

Das de inhabilitate mulieris hergenommene Argument widerleget ſich dadurch hinlänglich, daß die Conſtitutiones locales die Succeſſionem filiarum zulaſſen, per ea quæ habet

Strube de Jur. Villic. C. 8. §. 6.

ubi vero eadem eſt ratio.

L. 12. de LL.

L. 4. ff. de Jure patronat.

Es auch nichts ungereimtes, daß ſelbige die Operas per ſubſtitutum könne beſtellen laſſen. Aus welchen allen dann ſo viel erſcheinet,

> daß Supplicatin, ob ſie gleich eine Collateralverwandtin des ultimi poſſeſſoris, dennoch a ſucceſſione in der Meyerſtätte nicht auszuſchlieſſen.„

Solte aber nicht ein anders zu ſagen ſeyn, wenn der Seitenverwandte von dem erſten Erwerber des Meyerguths nicht abſtammet? Ich zweifle daran, obwohl gelehrte Männer der Meynung ſind, daß die Teutſche Erbleyhe in den mehreſten Stücken nach den Ritterlehnen eingerichtet worden, und alſo man unter den Erben nur die Leibeserben des erſten Erwerbers verſtehen müſſe (a). Denn es reden dieſelbe von Gütern, welche urſprünglich erblich ſind. Sie ſetzen voraus, daß das Succeſſionsrecht durch Geſetze oder Verträge auf des Beſitzers Leibeserben eingeſchränket worden. Ich laſſe dahin geſtellet ſeyn, ob ſolches an den mehreſten Orten in Teutſchland geſchehen, maſſen die beygebrachte Beweisthümer fürnemlich von Heſſen, der Wetterau und den Rheinſtrom handeln.

deln. Mit unſern Meyergütern hat es eine andere Bewandniß, weil ſie urſprünglich Pachtgüter ſind, an welchen der Meyer zu neuern Zeiten ein Erbrecht durch die Landesgeſetze erlanget hat. Dieſe enthalten keine Einſchränkung auf die Leibeserben, noch erfordert ſolche die Urſache, warum ſie gemachet worden. Zur Zeit ihrer Verfaſſung war das Römiſche Recht bey uns ſchon üblich, daher ſie aus denſelben zu erklären, welches ſo wohl, als das Recht der Natur währenden Contracts nicht nur den Leibeserben, ſondern allen Erben ohne Unterſcheid die Befugniß mittheilet, des Pachtrechts zu genieſſen, welches dem Erblaſſer zuſtunde (b). Die Meyerbriefe werden auch bis auf den heutigen Tag gemeiniglich nach der alten Form ausgefertiget, und thun gar keiner Erben Meldung. Die Obſervanz des Landes, wenigſtens im Fürſtenthum Calenberg und Stift Hildesheim, weiß von einer ſolchen Einſchränkung des Erbmeyerrechts nicht das mindeſte, und ſind die wenigſte Meyerhöfe annoch in den Händen der Nachkommen derjenigen, welche ſie zu der Zeit beſeſſen haben, als das bloſſe Pachtrecht in ein Erbmeyerrecht verwandelt worden, wie man denn dieſelbe täglich durch Heurathen in andere Familien bringet. Daß die Höfe dem Guthsherrn öfters erlediget werden, iſt ihnen ſelbſt, oder dem gemeinen Weſen nachtheilig. Denn entweder ſind ſie mit Dienſten, Zinſen und andern Laſten ſehr beſchweret oder nicht. Erſteren falls findet man ſelten einen tüchtigen Meyer, der im Stande iſt, die Melioramente zu bezahlen. Letzteren Falls aber äuſſert ſich vielfältig derjenige Mißbrauch, wovon ich in meiner Commentation de Jure Villicorum C. 8. §. 6. gehandelt habe, da man nemlich das Meyerrecht den Meiſtbietenden verkaufet, mithin Anlaß giebet, daß der neue Meyer ſich in eine Schuldenlaſt ſetzet, die ihn nimmer empor kommen läſſet.

(a) Buri in der Erläuterung des teutſchen Lehnrechts pag. 945. Kopp in den Proben des teutſchen Lehnrechts Part. I. pag. 299. Claproth de Prædiis ruſticorum §. 13. 16. in der Sammlung juriſtiſch-philoſophiſch- und critiſcher Abhandlungen Part. I. pag. 163, 182.

(b) S. oben das IV. Bedenken.

CXLIX. Bedenken.

In der Grafſchaft Hoya ſind die Aemter nicht befugt, dem Meyer und Anerben, ohne des Guthsherrn Einwilligung, einen Ehezettul zu geben.

In der Hoyaiſchen Reſolution von 1697 heiſſet es; „Und nachdem XXXII. was die Beſchwerde betrift, daß unſere Beamte in den Grafſchaften Hoya ſich eine Zeit her angemaſſet haben ſollen, in derer von Adel und anderer Freyen Meyerhöfe wider ihren Willen die ſo genandte Auflaſſung zu verrichten, die Billigkeit erfordert, daß niemand genöthiget werde, wider ſeinen Willen jemanden in ſeinen Meyer oder Kothhof zu nehmen, wollen wir, daß wann hinführo die Meyer und Köther, und andere derer von Adel und Freyen Leute heyrathen, und die Auflaſſung oder Zuſage zu thun iſt, daß die einfreyende Perſon auf den Meyer- oder Kothhof gelaſſen werde, denſelben beſitzen, und daran das Meyerrecht oder Colonie mit haben ſolle, ſolche Auflaſſung jedesmal von dem Guthsherrn, der die Hebung des Weinkaufs ohnſtreitig hergebracht, oder, da ſolche Hebung ſtreitig ſeyn ſoll, von demjenigen, welcher die Dienſte aus dem aufzulaſſenden Guth genieſſet, geſchehen, und derſelbe vom Amt darin keinesweges beeinträchtiget werden ſoll, zumalen dieſe Auflaſſung nicht ſo wohl vor einen Actum Jurisdictionis zu achten, als daß nur der Guthsherr mittelſt derſelben Acht zu haben hat, daß ſeine Höfe mit tüchtigen Hauswirthen und Hauswirthinnen wiederum beſetzet werden.„ Hier wird zwar nicht mit ausdrücklichen Worten verordnet, daß vor geſchehener Aufl ſſung keine Ehezettel ertheilet werden ſollen. Iſt aber der Hof ohne guthsherrlichen Conſens mit einer Hauswirthin nicht zu beſetzen, ſo muß die Obrigkeit zu verhindern ſuchen, daß jemand darauf freye, ehe ſolcher ausgebracht worden Zwar mögte man dafür halten, daß ein Sohn des Meyers bey ſeiner Heyrath deſſen nicht bedürfe, weil der Guthsherr, wenn ihm die Ehe ſchädlich iſt, ſelbigen noch immer künftig einen Meyerbrief verſagen könne. Dieſes geſchiehet jedoch nicht füglich, ohne des einen oder des andern groſſen Nachtheil. Es iſt leichter eine Heyrath zu verhindern, als die daraus entſtehende Folgen abzuwenden. Den Sohn, welcher Frau und Kinder hat, nöthiget man nicht, ohne einen beſchwerlichen Proceß, den Hof zu verlaſſen. Viel ehe wird er durch die angedrohete Verſagung des Meyerrechts von einer Ehe abgeſchrecket. Verlieret derſelbe den Proceß nach deren Vollziehung, ſo geräth eine ganze Familie an den Bettelſtab. Die Reſolution von 1697. §. 6. will auch, daß der Ehezettul nicht ausgeſtellet werden ſoll, bevor der

der Guthsherr in den Brautſchatz, das Gegenvermächtniß, Leibgeding und andere kindliche Auslobung gewilliget hat, dieſes alles iſt vor vollzogener Ehe eines künftigen Meyers zu beſtimmen, um demnächſt entſtehende verderbliche Zänkereyen zu behindern, daher zu vermuthen, daß nach dem Sinn des Geſetzgebers die Ehezettul denen zu vorenthalten, die, ohne dieſes alles zu beſtimmen, unbedächtlich heyrathen wollen Daß es hergebracht ſey, ſolche Ehezettul, vor erlangter Guthsherrlicher Genehmigung, nicht zu ertheilen, bezeugen auch die Beamte zu Hoya alſo: „Als von dem Königl. und Churfürſtl. Amt allhier darüber ein beglaubtes Atteſtat verlanget worden, wie es mit Ertheilung des Ehe- oder Copulationsſcheins in dem Fall gehalten werde, wenn ſolcher von einem Meyermann oder Meyerfrau, oder auch nur Anerben eines Hofes, worüber nicht dem Amte, ſondern einem Privato die Guthsherrſchaft zuſtehet, nachgeſuchet wird; und es dann andem, daß der beſtändigen hieſigen Obſervanz nach, in ſolchem Falle der Eheſchein nicht ehe vom Amte ertheilet worden, bis der oder diejenige, welche darum anſuchet, mittelſt eines Scheins von ſeinem Guthsherrn beygebracht, daß derſelbe in die Ehe conſentiret habe, und die von ſeinem Meyermann oder Meyerfrau oder Anerben des Hofes zu heyrathende Perſon, als Wirth oder Wirthin auf ſeinen Hof nehmen wolle, dieſes alte Herkommen auch dem §. 6. und 32. des Hoyaiſchen Landtagsabſchiedes de anno 1697 völlig gemäß iſt, ſo haben wir der Wahrheit zu Steuer ſolches hierdurch Amtswegen zu atteſtiren und zu beglaubigen keinen Umgang nehmen können. Urkundlich des hiebey gedruckten Inſiegels und derer zeitigen Beamten Unterſchrift. Hoya den 18. Decembr. 1743.

(L.S.) H. I. Strube. I. D. Grote.

Faſt gleichen Inhalts iſt folgendes Amt-Ehrenburgiſche Zeugniß: „Nachdem bey Königl. Groß-Brittanniſchen und Churfürſtl. Amt allhier ein beglaubtes Atteſtat nachgeſuchet worden, wie es mit Ertheilung des ſo genandten Ehe oder Copulationszettels in dem Fall gehalten werde, wenn ſolches von einem Meyermann oder Meyerfrau, oder auch nur Anerben eines Hofes, worber nicht dem Amt, ſondern einem Privato die Guthsherrſchaft zuſtehet, verlanget wird; und es denn andem, daß der bisherigen alten Obſervanz nach ſolchenfalls der Ehezettel vom Amte nicht ehender ertheilet worden, als bis der oder diejenige, welcher darum anſuchet, vermittelſt eines Scheins von ſeinem Guthsherrn hinlänglich beygebracht, daß derſelbe in die Ehe conſentiret, und die von ſeinem Meyermann oder Meyerfrau oder Anerben des Hofes zu heyrathende Perſon entweder ſo fort, oder bey der demnächſtigen Uebergabe des alten

Coloni, als Wirth oder Wirthin auf ſeinen Hof nehmen wolle, ſolches alte Herkommen auch dem §. 6. und 32. des Hoyaiſchen Landtagsabſchiedes völlig gemäß, als hat man obiges zu Steuer der Warheit Amtswegen atteſtiren und beglaubigen ſollen. Signatum Ehrenburg den 19. Decembr. 1743.

Johann Philipp Palm. J. H. Reiche.

CL. Bedenken.

Der Sohn eines Meyers muß deſſen Schulden bezahlen, wenn gleich dieſer abgemeyert werden können, und jenen der Guthsherr ohne Schuldigkeit den Hof eingethan hat.

Das Königl. Amt Calenberg hat am 11. Sept. 1738 in Concursſachen Weyland Henrich Vogels zu Alferde Creditoren erkand: „Weilen der dem Herrn Amtmann Richter zu Wülfinghauſen geforderte Rückſtand an alten Cloſterzinſen von des Cridarii Vater allenfalls herrühren würde, mithin dem Cridario ſelbſt, nachdem er von beregtem Cloſter mit dem Hofe von neuem bemeyert worden, nicht aufgebürdet, vielweniger zu deſſen und der Creditoren Nachtheil von ſo vielen Jahren, und auf eine ſo hohe Summe in Nachſtand gelaſſen werden mögen, ſonſten auch dergleichen Zinsgefälle, wenn ſie ohne Schaden derer Höfe nicht erfolgen können, vermöge der hieſigen Landesobſervanz, und damit die Unterthanen die übrige Landes-Onera abzuführen im Stande verblieben, denen Colonis zu erlaſſen, nicht aber von einem Hauswirth zu dem andern nachzuführen ſind, und übrigens nicht zu zweifeln, daß Königl. und Churfürſtl. Regierung die Erlaſſung dieſes inexigiblen Poſtes, wenn ſolcher gehörig angetragen worden, nach dem Amts-Protocollo vom 18. Febr. 1723 und Reſcripto vom 10. Januar 1730, wovon auf Verlangen Abſchrift ertheilet werden kann, vorlängſt bewilliget haben würde: ſo wird gemeldeter Herr Amtmann Richter mit dem deshalb beſchehenen Geſuch Kraft dieſes enthöret.„ Wider dieſes Erkenntniß wurde angeführet, daß ein Sohn des Vaters Schulden bezahlen müſſe, und die Verordnung vom 8. Jan. 1691 den Beſitzer des Hofes nur alsdenn davon befreye, wenn dieſer in die dritte Hand kommen, dafern nemlich ſie von ſeinen Vorfahren in Linea deſcendente oder Erblaſſern nicht herrühren. Hat ſchon der Guthsherr dem Sohn, welchem er das Meyerguth nehmen können, ſolches aus Gnaden gelaſſen, ſo folget daher nicht, daß er ihn der Laſt entlediget hat, die väterliche Schulden zu bezahlen. Deswegen hatte

die

die Königl. Kloſtercammer folgendes Reſcriptum an den Amtmann zu Wülfinghauſen ſchon vorhin abgelaſſen: „Was geſtalten ihr die bey daſigem Cloſter befindliche Fruchtreſtanten unterſuchet, und wie ihr damit verfahren, auch was die Debitores dabey vorgebracht und gebeten, haben wir ab euren gelieferten Bericht ſamt der Specification beſagter Reſtanten, und von euch bey deren Unterſuchung gehaltenen Protocollo mit mehren erſehen. Nachdem nun darab klärlich wahrzunehmen, daß ihr unſere darunter führende Meynung nicht müſſet begriffen haben, zumalen in Anſehung des von euch bey dieſer Unterſuchung gebrauchten Modi nichts anders zu vermuthen geweſen, als daß alle Debitores in die Gedanken gerathen würden, daß man ihnen ſelbige, auf beſchehende nichtige Vorſtellung ihres Unvermögens, überhaupt erlaſſen würde. Alldieweilen jedoch die Debitores insgeſamt die Schuld nicht leugnen können, ihnen auch nicht unbekand, daß ſolche Schulden nicht der Perſon, ſondern denen Höfen ankleben, verfolglich ſie bey Annehmung ſolcher Höfe zugleich zu Bezahlung derer darauf haftenden Schulden ſich tacite anheiſchig gemachet, überdem auch aus obangezogenen Protocollo nicht eigentlich erhellet, aus was Urſachen die jetzigen Poſſeſſores in ſpecie nicht im Stande ſeyn, ſolche Schulden, entweder ganz, oder zum Theil abführen zu können, dahin aber unſere Intention hauptſächlich gerichtet geweſen, und noch iſt; So begehren Namens und anſtatt Sr. Königl. Maj und Churfürſtl. Durchl. wir an euch hiemit, daß ihr alle ſolche Debitores nochmals vor euch fordert, ihnen obige unſere Meynung deutlich vorſtellet, mit ihnen wegen Abtragung ihrer Schulden, nach jedens Vermögen, entweder ganz, oder zum Theil auf euren dem Cloſter geleiſteten Eid und Pflichten, bis auf unſere Ratification, Handlung zuleget, und ihnen dazu leidliche Termine anſetzet, darüber ein förmliches Protocoll, und zwar ſolchergeſtalt formiret, daß auf einer Seite des gebrochenen Bogens die reſtirende Schuld, und gegen über des Debitoris Erklärung, und wie und aus was für ſpecialen, und von euch zuvor unterſuchenden, und wohl zu überlegenden Urſachen, mit ihm darauf bis zu unſerer Ratification gehaldelt, und leidliche Termine zur Bezahlung angeſetzet worden, deut- und klärlich wahrgenommen werden könne. Wann ihr dann die Sache auf ſolche Maſſe und Weiſe wie oberwehnt, werdet eingerichtet haben, alsdenn wollen wir davon eures fernern ausführlichen und pflichtmäßigen Berichts, zu verfügender anderweiterer Verordnung, anhero gewärtig ſeyn, und wir verbleiben euch zu freundlichen Willfahrungen geneigt. Hannover den 4. Jan. 1718.„ Das Hannöverſche Hofgericht änderte auch des Amts Erkenntniß folgendergeſtalt: „Hiemit iſt dem Anwald des Cloſters Wülfinghauſen des von denen Beamten zum Calenberge eingeſandten Berichts Copey

 erkand,

erkand, und nachdem die von ernannten Anwalde vorgebrachte Gravamina mit denen Actis primæ inſtantiæ conferiret worden, der Beſcheid: daß Appellant wegen ſeiner Forderung nicht zu enthören, ſondern vielmehr damit in der Prioritätsurtel gehörigen Orts zu claſſificiren ſey, geſtalten dann jetztgedachte Prioritätsurtel darunter reformiret, annebſt Remiſſoriales cum reſcripto oberwehnter maſſen zu verfahren, an das Amt Calenberg erkand." Decret. Hannover am 19 Febr. 1739.

CLI. Bedenken.

Teſtes ſingulares erweiſen keine Verjährung.

In poſſeſſorio erweiſen ſonder Zweifel Teſtes ſingulares hinlänglich den Beſitz, welchen man zu behaupten ſuchet, weil niemand zweifeln kann, daß ſich derjenige darin befindet, den im letzten Jahr ein Zeuge pflügen, und der andere erndten ſehe (a). Wenn aber nur einer ausſagte, das die Weidegerechtigkeit von 1730 bis 1750, der zweyte aber, daß ſie von 1750 bis 1760 geübet worden, ſo wäre die Zeit des Gebrauchs, worauf es hauptſächlich ankömt, nur durch einen Zeugen unzulänglich dargethan (b). Es müſſen alſo wenigſtens den Anfang und das Ende des Beſitzers mehre Leute bezeugen. Wenn nemlich zwey auſſagen, daß ſie den Titium am ſtreitigen Ort vor 30 Jahren hüten ſehen, und zwey andere, daß es ſeit 10 Jahren geſchehen, ſo wird billig vermuthet, daß die vor 30 Jahren erlangte Poſſeſſion fortgedauret habe (c). Von der Königl. Hannöverſchen Juſtitzcanzley iſt in Sachen W. wider M. 1760 alſo erkand.

(a) STRYK de Semiplenæ probationis exiſtentia C. 4. §. 27 - 30.

(b) FARINACIUS de Teſtibus Qu. 64. n. 28. 72. 176. OCKEL de Præſcriptione immemoriali C. 12. th. 3.

(c) WESENBECK Part. I. Conſ. 5. n. 17. 18. LAUTERBACH C. T. P. ff. Tit. de Uſucapionibus §. 30.

CLII. Bedenken.

Vermöge der Conſtitution von 1712 muß es der Obrigkeit angezeiget werden, wenn ein Vater ſeinen Kindern bürgerliche liegende Gründe überträget.

Ich habe bereits im XVIII. und XIX. Bedenken von der 1712 promulgirten Conſtitution gehandelt, welche verordnet, daß keine unbewegliche Güter, ohne Vorwiſſen und vorhergegangene Anmeldung an die Stadtobrigkeit, von jemanden veräuſſert werden mögen. Es entſtunde die Frage: Ob ſolche Anmeldung auch erfordert werde, wenn ein Vater ſeinem Sohn liegende Gründe überträget? Der Hamelſche Stadtmagiſtrat hielte es in Sachen Schüßler wider Schäfer dafür, deſſen Erkentniß die Königl. Hannöverſche Juſtitzcanzley 1760. billigte, und zwar deswegen, weil der Geſetzgeber will, daß überall kein Jus in re, unter was vor einem Vorwand es auch geſchehen mag, ohne Vorwiſſen der Stadtobrigkeit transferiret werden ſoll. Wegen der von Eltern den Kindern bey ihrem Leben geſchehenen Uebertragungen iſt keine Ausnahme von der Regul gemachet, vielmehr aber ausdrücklich der Fall darunter begriffen, wenn etwas den Töchtern in dotem mitgegeben worden, worin gemeiniglich bey Bürgern und Bauren ihr kindlicher Erbtheil beſtehet, und thut die Conſtitution vermuthlich deswegen der den Söhnen zu Theil werdenden Güter keine Meldung, weil ſie bey Lebzeiten der Eltern ſolche ſelten erhalten. Der Appellant wollte zwar behaupten, der Endzweck des Geſetzes wäre zu behindern, daß die Cataſtra nicht confundiret werden, und dieſer ſey im beſagten Fall erreichet, weil von dem Vater der Stadtcämmerey angezeiget war, daß er ſeinem Sohn gewiſſe Ländereyen überlaſſen. Es wird aber als eine Ratio legis darin mit angeführet, „daß wohl gar ein Stück verſchiedenen Perſonen verkaufet, oder über ſeinen Werth unterpfändlich verſchrieben worden,„ welche Worte keinen Verſtand leiden, der eine auf die Erhaltung des Credits und der Gläubiger Beſtes gerichtete Abſicht des Geſetzgebers ausſchlieſſet ſondern deutlich zu erkennen geben, wie er ſowohl Privatgläubiger als die Stadt-Aeraria ſicher ſtellen wollen.

CLIII. Bedenken.

Wer auf fremden Grund und Boden zu jagen berechtiget, muß ein Jus prohibendi erweiſen, wenn er andere davon ausſchlieſſen will.

Die von Heimburg hatten auf einem fremden Grund und Boden der Heſſenkamp genannt, die Jagdgerechtigkeit hergebracht. Der Pächter ihres Guths machte dem Königl. Forſtamt daſelbſt die Mitjagd ſtreitig, forderte von ſelbigem den Beweis, und gebrauchte nebſt andern diejenigen Gründe, welche man wider die in verſchiedenen Ländern prätendirte allgemeine Landesherrliche Koppeljagd anzuführen pfleget. Dieſe aber ſetzen voraus, daß der Unterthan Eigenthümer des Orts iſt, worauf er allein zu jagen berechtiget ſeyn will. Solches Eigenthum mangelte denen von Heimburg, welche kein mehres Recht am Heſſenkamp hatten, als das Forſtamt, mithin die Negatorienklage nicht (a), ſondern nur Actionem finium regundorum anſtellen konnten (b), folglich deren Grund erweiſen müſſen. Denn dazu iſt die hergebrachte Jagdgerechtigkeit unzulänglich, als welche auf fremden Aeckern kein Jus prohibendi mit ſich führet (c). Dieſen traten hinbey, daß in dem ganzen umher gelegenen Diſtrict der Landesherr zu jagen berechtiget, folglich keine Ausnahme wegen des ſtreitigen Orts zu vermuthen war (d), daher dann die Königl. Hannöv riſche Juſtitzcanzley 1760 das Forſtamt von der angeſtellten Klage entbunden hat.

(a) Herr PUFENDORF Tom. I. Obſ. 36.

(b) MAIER de Jure venandi pag. 322.

(c) KLOCK Tom. I. Conſ. 29. n. 684. WERNHER part. IX. Obſ. 41.

(d) Herr PUFENDORF d. l. Obſ. 150.

CLIV. Bedenken.

In welchen Fällen, mit Vorbeygehung der Kinder des verſtorbenen Meyers, ihrem Stiefvater das Meyerrecht ertheilet werden kann.

Henrich Schartau, ein Meyer des Cloſters Barſinghauſen zu Hohenboſtel, hinterließ eine Wittwe Namens Mariä Wiſſel. Dieſe ſchritte mit Cord Lippmann zur zweyten Ehe, gebahr ihm zwey Töchter, und ſtarb 1736. Lippmann heyrathete 1737 anderweit Catharinen Margarethen Brauns, und in der errich-

errichteten Eheſtiftung wurde, mit guthsherrlichen Conſens, feſtgeſtellet, daß der Hof dermaleins einer der Lippmanniſchen mit Mariä Wiſſels erzeugten Töchter, und zwar derjenigen zu Theil werden ſollte, welche der Guthsherr dazu am tüchtigſten finden würde. Aus dieſer Ehe ſind ein Sohn und zwey Töchter fürhanden. Als aber Lippmann mit Tode abgienge, verehlichte ſich ſeine Wittwe an Johann Chriſtian Heſſen, welchen der Guthsherr einen Meyerbrief auf 24 Jahr ertheilte, und darin willigte, daß nach deren Ablauf Lippmanns mit ſeiner zweyten Frau erzeugter Sohn den Hof annehmen ſollte. Catharine des Lippmanns und der Mariä Wiſſels älteſte Tochter, nahme aber ihre Stiefmutter in gerichtlichen Anſpruch, und begehrte, daß ſie ihr vermöge der Eheſtiftung von 1737 den Hof abtreten ſollte. Es wurde nun zwar der Klägerin 1) der vom Cloſter Barſinghauſen dem Heſſen 1749 ertheilte Meyerbrief entgegen geſetzet und 2) eingewand, daß dieſelbe und ihr künftiger Ehemann Röttger unvermögend wären, den Hof zu behaupten, als wozu Königl. Regierung erforderte, daß der Meyer wenigſtens die Hälfte des Taxati aus dem Seinigen bezahlen könne. Es hätte endlich 3) Klägerin 2 Kinder auſſer der Ehe gebohren, und ſich dadurch ihres Erbrechts verluſtig gemachet. Allein 1) konnte der Guthsherr den 1737 ertheilten Conſens nicht ohne Urſach 1749 zurücknehmen. 2) Iſt zwar in einer Königl. Regierungsverordnung vom 19. Jan. 1747 folgendes enthalten: „§. 2. So iſt insbeſondere dahin zu ſehen, daß, nachdemmalen die Erfahrung bezeuget, wie die mehreſte Coloni gleich anfangs dadurch in üble Umſtände geſetzet werden, daß ſelbige bey Uebernehmung der Höfe ſich gemeiniglich ohne den geringſten Vorſchuß befinden, mithin zu Bezahlung der Melioramenten und des Allodii ſich ſo fort in Schulden vertiefen, und bey deren hohen Verzinſung ohnmöglich auf den Meyergütern empor kommen können, hinführo die Meyerhöfe und Güter nur ſolchen Leuten eingethan werden, welche etwas vor ſich gebracht, und wenigſtens das Taxatum allodii & meliorationum zur Hälfte aus dem Ihrigen abtragen können, anbey den Namen eines fleiſſigen, nüchternen Haushälters und Ackerverſtändigen beſitzen, als worüber jedesmal ſorgfältige Erkundigung vorhero einzuziehen.„ Dieſe Verordnung handelt aber von Höfen, welche bey entſtandenen Concurs, oder ſonſt dem Guthsherrn zur freyen Diſpoſition anheim gefallen, da der neue Wirth die Gebäude und andere Melioramente ſogleich bezahlen muß. Selbiger gehet allerdings verlohren, wenn er nicht die Hälfte des Kaufgeldes aus dem Seinigen nehmen kann, nach dem bekandten Sprichwort: Wer will verderben, der leihe Geld und kaufe Erbe. Hier war keine Frage von der Annehmung eines neuen Meyers, dem ſein Guthsherr nach Willkühr Bedingungen vorſchreiben kann, ſondern ob die Armuth einen unfähig

machet, das Meyerguth zu beſitzen? Mir iſt kein Geſetz bekannt, welches jemand deswegen von der Erbfolge ausſchlieſſet, weil er das halbe Taxatum des Allodii aus dem Seinigen nicht bezahlen kann. Es wäre auch eine ſoche Verordnung weder billig, noch ohne Nachtheil des gemeinen Weſens zur Uebung zu bringen, weil die wenigſte Bauersleute in ſo guten Umſtänden ſind, mithin die Guthsherren deren gröſten Theil um das Erbrecht bringen könnten. Auch Arme vermögen einen Hof zu behaupten, wenn ſie gut haushalten, weil nicht immer beym Antritt baares Geld nöthig iſt, und die Ablagen in räumigen Terminen bezahlet zu werden pflegen. 3) Machet die Hurerey niemand des Seinigen verluſtig, noch erweiſet ſie eine Untüchtigkeit, dem Hofe wohl vorzuſtehen. Deswegen erkandte denn das Königl. Hannöverſche Hofgericht am 11. Octobr. 1753 ganz recht alſo: In Sachen Ilſen Catharinen Lippmanns Klägerin und Appellantin an einem, entgegen und wider Margarethen Lippmanns, nunc Heſſen Ehefrau am andern Theil in puncto ſucceſſionis villicalis, erkennen Königl. Großbritt. zum Churfürſtl. Braunſchweig. Lüneb. Hofgericht verordnete Hofrichter, Räthe und Aſſeſſores hiemit vor Recht: Nachdemmalen in der zwiſchen weyl. Cord Lippmann und der Beklagtin modo Appellatin in anno 1737. vom Amt und Guthsherrn reſpective confirmirten und conſentirten Eheſtiftung der Hof qu. denen Kindern erſter Ehe ausdrücklich vorbehalten worden, mithin Klägerin modo Appellantin hieraus ein gegründetes Recht erlanget, welches ihr weder durch den an ſich nicht zu Recht beſtändigen väterlichen letzten Willen, noch auch durch die nachher zwiſchen der Beklagtin und deren zweyten Ehemann Johann Chriſtian Heſſen in anno 1749 errichtete und gleichfalls confirmirte und conſentirte Eheſtiftung, ohne erhebliche namhaft gemachte Urſachen, genommen werden können, dieſe aber ſo wenig ex actis erhellen, als wenig auf das von dem Cloſter Barſinghauſen als Guthsherrn, der Beklagtin gegebene und von ſelbiger beygebrachte Atteſtatum einige Abſicht zu nehmen, daß dannenhero Beklagtin und Appellatin ſchuldig und gehalten, den Hof qu. der Klägerin modo Appellantin abzutreten, da hingegen aber der Leibzucht zu genieſſen, zu deren Regulirung Reſcriptum an das Amt Calenberg erkand iſt; wie Wir denn ſolchergeſtalt erkennen, reformiren und ſchuldig vertheilen, die Unkoſten aber aus bewegenden Urſachen gegen einander aufheben. V. R. W. Publicatum Hannover den 11. Octobr. 1753.„ Die Sache bekam aber ein anderes Anſehen, als Heſſe intervenirte, und ausführte, daß er die ganz heruntergebrachte Lippmanſche Güther von der Schuldenlaſt befreyet, das verſetzte Land eingelöſet, die den Einfall drohende Gebäude mit groſſen Koſten repariret, die elende Inventaria wieder in gehörigen Stand geſetzet, und über 600 Rthlr. in den Hof verwand habe.

be. Weil die Lippmanſche Tochter, welcher er verſchrieben war, ſolches zu thun nicht vermogte, ſo muſte ſie geſchehen laſſen, daß der Guthsherr deſſen gänzlichen Verfall dadurch abzuwenden ſuchte, daß er den Stiefvater auf 24 Jahr mit ſolchem Hofe bemeyerte. Es wurde daher von der Altorfiſchen Juriſtenfacultät am 18. Nov. 1756 erkand: „Nunmehro aus den Acten ſo viel zu befinden, daß das den 11. Octob. 1753 eröfnete Urtel wieder aufzuheben, mithin der Hof qu. der Appellantin nicht abzutreten, vielmehr aber Intervenient bey dem Beſitz deſſelben, die ihm bedungene 24 Jahr hindurch, ruhig zu laſſen„ In den Rationibus decidendi heiſſet es: „ Geſtalten ad a) die Eheſtiftung des Lippmanns num. 2. nicht anders, als ſub Clauſula: Rebus ſic ſtantibus, und ſalvo jure tertii, wie andere Pacta, errichtet worden; nachdem ſich aber hernachmalen Bedenklichkeiten gefunden, erwehnten Pactis nachzuleben, ad b) Judex primæ inſtantiæ zu Calenberg num. 2. Act. Imæ inſtantiæ zum Beſcheid ertheilet, daß die Partes anvörderſt bey dem Guthsherrn auszumachen hätten, wie derſelbe die Beſetzung des Hofes am dienlichſten erachte; welcher Beſcheid auch in rem judicatam ergangen; und ſodann ad c) das Cloſter Barſinghauſen als Guthsherr für gut befunden, die Appellatin bey dem Hofe zu laſſen, unter den angefügten erheblichen Urſachen, daß die Wittwe ein chriſtliches und ſittſames Leben geführet, und dem Hofe nützlich geweſen; auch vor jetzo nicht alt von Jahren, folglich der Hof mit der Leibzucht zur Zeit nicht zu beläſtigen; wogegen ſich auch der Appellantin liederlicher Wandel, und daß ſie 2 Kinder in Unehren erloſſen, veroffenbaret, welche Gründe allerdings von ſonderlicher Erheblichkeit, und dem Guthsherrn nicht gleichgültig ſeyn können, wie ſein Colonus beſchaffen, wannenhero ihm kein untüchtiger aufgedrungen, ſondern vielmehr, erheiſchenden Falls, abgemeyert werden kann, dahero denn auch die Pacta dotalia und Succeſſio villicorum nach Gutbefinden des Domini einzurichten, ja im gegenwärtigen Fall Appellantin aus der Eheſtiftung ihres Vaters nicht einmal ein abſolutes Jus ſuccedendi herleiten mögen, als in welcher der Wittwe vergönnet wird, wieder in den Hof zu heyrathen, und hauszuhalten, bis der Kinder erſter Ehe eines, ſo dazu am geſchickteſten wird befunden werden, dem Hofe wird vorſtehen können; welcher letztere Fall aber nicht erſchienen; ſondern Dominus Villicationis vielmehr ſich ſeines Rechts bedienet, und der Lippmanns zweyten Ehemann den Intervenienten auf 24 Jahr, nach vorhergegangener der Sachen gründlicher Unterſuchung, bemeyert, laut des auch von der Königl. Regierung zu Hannover confirmirten Meyerbriefes num. 52. actor., ſolchemnach ad 3) der Dominus ſeinen Villico dießfalls zu aſſiſtiren, und ihn zu vertreten allerdings gehalten, wie er ſich deſſen auch num. 55. nicht entzogen, ſondern vielmehr ad a)

auf den gegenwärtigen Fall die Intervention für gegründet hält, da man der groſſen Schuldenlaſt halber den Hof des Lippmanns den Kindern nicht conſerviren können, folglich der 24jährige Genuß des Hofes de Jure communi dem Intervenienten, auch, nach dem Landesherkommen, gegönnet werden muß.

Struben Acceſſ. ad Comment. de Jure Villic. Obſ. 44.

Nolten de Juribus & Conſuetudinibus circa Villicos p. 35., ubi monſtrat, penes dominum ſtare, quem velit ex villici filiis eligere, adducitque conſuetudinem ſingularem Conſt. Cell. corpor. C. 46. §. 11. Quid? quod & filii filiæquæ, ſi oeconomiæ impares adminiſtrandæ judicentur, præteriri & extranei adſciſci poſſint, ib. p. 44.

Weiters ad b) die producirten Quitungen ausdrücklich melden, daß die von Heſſen bezahlten Schulden von Johann Cord Lippmann herrühren; dahero nicht abzuſehen, wie Interventin dieſes negiren, und ad c) eben ſo unüberlegt behaupten will, als ob dieſe Schulden nicht auf dem Hof gehaftet, da bereits in dem Meyerbriefe des Heſſens ein Verzeichniß der Schulden, ſo auf dem Lippmanniſchen Hofe vorhanden, vorkomt, mit welchen die num. 66. producirte Quitungen auch zuſammen ſtimmen: über dieſes Appellantin ſich ſchon ad Protoc. num. 63. erkläret hatte, diejenigen Schulden, ſo von ihrem Vater erweislich herrührten, zu bezahlen; folglich vorjetzo vergeblich excipiren würde, daß nicht alle Schulden den Hof angiengen; wiewohlen es dermalen hierauf gar nicht ankomt, da ſie den Hof zu übernehmen allſchon für untüchtig erkand worden, und nun dem Gutsherrn auſſer den oben angeführten bewegenden Urſachen, ſich um ſo weniger aufdringen kann, je weniger ſie ſich offenbarlich im Stande findet, die Schulden und Meliorationes abzutragen, und die Onera der Leibzucht zu übernehmen; wannenhero vielmehr Intervenient bey dem 24jährigen Beſitz des Hofes zu laſſen und zu ſchützen, wodurch die begehrte Berechnung über den Ertrag des Hofes ohnedem dahin fällt; inzwiſchen, da Appellantin in voriger Inſtanz obtiniret, die Proceßkoſten gegen einander aufgehoben; die Verſchickungsexpenſen aber von dem Intervenienten, als Parte impetrante, alleine getragen werden müſſen.

Als iſt, wie im Urtheil enthalten, er erkennen geweſen. „Daß ich nicht allen dieſen Rationibus beypflichte, erhellet aus dem vorhin Geſagten. Es hänget keinesweges von der Willkühr des Guthsherrn ab, von zweyen, die ſich das Meyerrecht ſtreitig machen, einen nach Willkühr zu bemeyern, und am

wen igſten

wenigſten kann er ſein gethanes Verſprechen widerrufen. Allerdings aber geſchiehet ſolches Verſprechen, ſub clauſula rebus ſic ſtantibus, und wenn derjenige, dem der Hof gebühret, in Umſtände geräth, die ihn verhindern, ſelbigen im Stande zu erhalten, ſo muß er einem andern weichen, der ſolches vermag, und hat am wenigſten Urſach ſich zu beſchweren, wenn man dieſem nur auf gewiſſe Jahre den Hof übergiebet, damit er nach deren Ablauf denen rechten Erben wieder zu Theil werden, wenn ſie alsdenn vermögen, ihm vorzuſtehen.

CLV. Bedenken.

Von Holzgerichten.

§. I.

Denen Holzerbſchaften, wovon ich bereits im CXXVIII. Bedenken gehandelt habe, klebet vielfältig eine Gerichtbarkeit an, als welche erfordert wird, um den unforſtmäſſigen Gebrauch der Waldung und die Holzdieberenen zu behindern. Das alte Teutſchland war ſo reichlich mit Holz verſehen, wie heutiges Tages Nord-America. Man durfte es alſo nicht zu rathe hegen, ſondern bemühete ſich vielmehr, die Bäume und Büſche wegzuſchaffen, und die Waldung zu Ackerlande zu machen. Nachdem aber dieſes an ſehr vielen Orten geſchehen, und nur ſo viel Holz ſtehen blieben, als zum Bauen und der Feurung nöthig iſt, wurde ein anderer Haushalt erfordert, wenn nicht die Nachkommenſchaft daran Mangel leiden ſollte. In den unruhigen Zeiten des Fauſtrechts bekümmerten die Landesobrigkeiten ſich ſelten darum, wie die Unterthanen ihr Eigenthum gebrauchten. Da aber die betrübte Folgen des Mißbrauchs der Holzung denen Intereſſenten in die Augen fielen, ſo muſten ſie ſolchen vorzubeugen ſuchen, welches durch Einführung der Holzgerichte an verſchiedenen Orten, mit ausdrücklicher, oder ſtillſchweigender Genehmhaltung der Landesherren geſchehen. Urſprung der Holzgerichte.

§. II.

Den Vorſitz in dieſen Gerichten hat ein Fürſt, ein Stift, ein Edelmann oder ſonſt Privatleute. Man nennet ihn den höchſten und oberſten Erben oder Erbexen, Obermerker, Holzgräven, Oberſten Waldbott ꝛc. ꝛc. Einige derſelben ſind nur Miteigenthümer des Holzes. Andern gehöret es allein, und wieder andere haben keinen Theil daran. In einem Osnabrückiſchen Holzgericht beym Kress in der Erläuterung des *Archi-Diaconal*-Weſens in den Beylagen *p.* 158. Vom oberſten Holzgräven.

 erkandten

erkandten 1582 die Malleute und Markgenoſſen den Landesfürſten für einen Holzgräven und Oberſten Erbexen; und in einem Protocollo von 1576 daſelbſt p. 160. heiſſet es: „Noch fraget Nutbecke ein Ordel, nachdem unſer gnädiger Fürſt und Herr ein oberſter Holzgräve dieſer Mark, was ſie ihrer F. G. wegen derſelben Holtgräfſchaft und Landesfürſtlicher Obrigkeit vor Gerechtigkeit an Holzhor, Schweinetrift und ſonſten in der Woltmarke berechtiget zu ſeyn bekennen. Darauf bringen die gemeinen Manne in, daß ſie ihre F. G. zuerkennen, in der Woltmarke nothdürftig Holz zum Zimmer zur neuen Mollen, jedoch einen oder zwey Eickenböhme nach Gelegenheit, un, wenn fulle Maſt iſt, 30 Schweine und ein Beer allezeit nach Gelegenheit der Maſt. Noch wird gefraget, wen ſie vor einen Holtrichter dieſer Woltmarke erkennen, und was derſelbe vor andern in der Mark berechtiget. Darauf erkennen ſie, daß ſie den Meyer zu Schledehuſen vor einen Erfholtrichter, und wegen des Holzgerichten vor einen doppelten Markgenoſſen in der Mark.„ Im Amte Calenberg iſt am Deiſter der Landesherr höchſter Erbe, und die bey den Holzgerichten abgehaltene Protocolla lehren ſeine Befugniſſe. In einem derſelben findet ſich folgendes: „Anno 1618 am 13. Sept. iſt an ſtatt und von wegen des Hochwürdigen, Durchlauchtigen Fürſten und Herren, Herren Friedrich Ulrichen, Herzogen zu Braunſchweig und Lüneburg von S. F. G. Großvogt und Amtmann zu Calenberg Lucas Langenmantel und Johann Freudenhammer, in Beyſeyn des Oberamtmanns zwiſchen Dieſter und Leine, und in der Grafſchaft Hoya Burchard Freiſen, über die Goltermark zu Groſen Goltern ein Höltingsgericht gehalten, und darauf gefraget, eingebracht, fürgelaufen und verhandelt, wie folget. Gefraget: Obs ſofern am Tage wäre, daß von wegen Hochermeldtes Fürſten ein Hölting gehalten werden mögte? *Eingebracht*: Dieweil man darauf Befehlig hätte, mögte man es billig anfangen und halten. Gefraget: Was auf ſolchen Höltingsgericht geboten und verboten werden ſollte? *Eingebracht*: Haſtig Gemüth und Scheltwort. Gefraget: Wem ſolches Höltingsgericht gebühre? *Eingebracht*: Den Herzogen zu Braunſchweig und Lüneburg. Gefraget? Wem daſſelbe Gericht zu ſitzen gebühre? *Eingebracht*: Den Holzgräven über die Mark. Gefraget: Wer darauf erſcheinen und das Recht finden ſollte? *Eingebracht*: Die drey Dorfſchaften, Goltern, Nordgoltern und Ecker - - -. Gefraget: Wer in der Goltermark der höchſte Erbe ſey? *Eingebracht*: Der gnädige Landesfürſt wegen S. F. G. Hauſes Calenberg. Gefraget: Wer nach S. F. G. zu ſolcher Mark berechtiget und Erbe ſey? *Eingebracht*: S. F. G. arme Leute zu Goltern, Nordgoltern und Ecker. Gefraget: Wer nach den dreyen Dorfſchaften darunter und mehr ein Erbe ſey? *Eingebracht*: Die Aebtiſſin zu Wunſtorf - - -

ſtorf - - - Gefraget: Mit wie viel Schweinen der Landesfürſt in die Goltermark berechtiget? Eingebracht: Man habe S. F. G., nicht Ziel oder Maaß zu ſetzen, es ſtehet bey S. F. G, es ſey Deelzucht oder Warthſchweine. Gefraget: Wie weit die drey Dörfer Goltern, Nordgoltern und Ecker in die Mark berechtiget? Eingebracht: Mit ihrer Deelzucht. Gefraget: Wie weit das Stift Wunſtorf berechtiget? Eingebracht: In voller Maſt mit drey Stiege Schweinen und einem Kempen ꝛc. ꝛc. Ein jüngeres Protocoll lautet alſo: „Anno 1647 den 10. Decemb. Freytags poſt Reginæ iſt bey den ſieben Eichen am Weſtenholz durch Georg von Bodendorf Fürſtl. Braunſchweig-Lüneburgiſchen Oberforſt- und Jägermeiſter, und Heinrich Strickmann Amtmann zum Calenberg eine Holzung über den Deiſter und Holzmarke gehalten worden, worauf gefraget, gefunden und eingebracht, wie folget: Wer der höchſte und oberſte Erbe in der Holzmark, und dafür zu erkennen ſey? Darauf gefunden: Der Durlauchtiger, Hochgebohrner Fürſt und Herr, Herr Chriſtian Ludewig, Herzog zu Braunſchweig und Lüneburg, unſer allerſeits gnädigſter Fürſt und Herr, ſey der höchſte und oberſte Herr aller Holzmarken. Nächſt S. F. G. ſey die Aebtiſſin zu Wunſtorf die oberſte Erbin - - Gefraget: Ob die andere Erben gleich der Aebtiſſin in die Holzmarken berechtiget ſeyn? Darauf gefunden: Nein, ſondern was ein jeder mit Brief und Siegeln, oder mit lebendiger Urkunde, oder alter hergebrachter löblicher Gewohnheit beweiſen und bekräftigen könne, ſo weit ſey er berechtiget und weiter nicht - - Gefraget: Weil S. F. G. der höchſte und oberſte Erbe über den Deiſter, ob denn nicht billig, daß S. F. G. das Holzung ſitze und hege, oder jemands, wen S. F. G. dazu verordnen, hege und halte? Gefunden: Ja S. F. G. möge das Holzung ſitzen, hegen, oder halten und hegen laſſen. Gefraget: Was S. F. G. in Maſtzeiten auf dem Deiſter möge zuerkand werden? Darauf gefunden: S. F. G. mögen darauf treiben laſſen, ſo viel ſie wollen. Denn ſie haben S. F. G. darin keine Maß zu ſetzen. Gefraget: Was für Miterben und Intereſſenten des Deiſters ſeyn? Darauf gefunden: Die Unterthanen, ſo an dem Deiſter berechtiget ſeyn - - Gefraget: Weil S. F. G. für den rechten und oberſten Erben erkand, ob denn nicht die Brüche und Wrogen, ſo in den Marken fallen, S. F. G. zukommen, oder was desfalls Recht ſey? Darauf gefunden: Ja, die Wrogen und Brüche gehören niemand anders, als S. F. G. Beſage eben dieſes Protocolli hatte der Landesherr den benachbarten der Holzmarken vergönnet, etlich unfruchtbar Büchenbrennholz alle Woche des Freytags abzuholen, und deswegen wurde gefraget: „Was die Erben und Intereſſenten für ſolche Gerechtigkeit S. F. G. wiederum zu leiſten ſchuldig? Gefunden: Ein jedweder ſey S. F. G. nach allen Vermögen mit Harniſch und Pferden, und

wo-

womit ein jeder könne deswegen zu dienen pflichtig, und ſo oft es S. F. G. vermögten.„ Es gewinnet faſt das Anſehen, als ſtehe dem Landesherrn nicht nur die förſtliche Obrigkeit über den Wald, ſondern auch deſſen alleiniges Eigenthum zu. Denn 1) wird vermuthet, das derjenige, welchem eine gewiſſe eingeſchränkte Gerechtigkeit darin zukömt, kein Eigenthümer deſſelben iſt, ſondern nur eine Servitut erlanget hat (a). Die Rechte der Intereſſenten am Deiſter ſind aber genau beſtimmet, und man räumet niemanden mehr darin ein, als er hergebracht, oder mit Zeugen, Siegel und Briefen bekräftigen kann.

Es ſoll 2) die Erhebung der Geldſtrafen ein Kennzeichen des Eigenthums ſeyn (b); und dieſe billigte man 1649 allein dem Landesherren zu.

Da auch 3) die Bauren Miterben ſind, und ſelbigen ihre Meyergüter nicht eigenthümlich gehören, ſo iſt ſolches von der dieſen anklebenden Holzgerechtigkeit keinesweges zu vermuthen.

Ich hoffe aber, in dem LI. Bedenken dargethan zu haben, daß die Landesherrliche Forſtgerechtigkeit des Waldes Eigenthum nicht gemeiniglich mit ſich führet, und im Zweifel den Intereſſenten ein gleiches Recht daran zuſtehet.

Obwohl 1) der Landesherr ſo viel Maſtſchweine in den Deiſter bringen mag, als er will, ſo wird jedoch ſeine Holzgerechtigkeit ſehr eingeſchränket, und bekomt er nur, wenn zu den Herrſchaftlichen Gebäuden zu Hannover und Herrenhauſen Holz erfordert wird, aus allen Marken 2 Bäume, ſo gut ſie darin zu finden ſind. Deren Anweiſung wohnet der Holzgräve bey, und man ſchläget die Bäume ſowohl mit ſeiner, als der Amt Calenbergiſchen Mahlbarte an (c).

2) Halte ich die Erhebung der Strafgelder vielmehr für einen Beweis der Gerichtbarkeit, als des Eigenthums. Die von Haus, ſo Holzgräven zu Hülſede und Meinſen ſind, empfangen ſelbige, obwohl die Holzmarken nicht ihnen, ſondern beſagten Dorfſchaften eigenthümlich gehören. Hingegen weil die Eimbeckhäuſer Waldung ihre iſt, ſo kömt der Werth des entwendeten Holzes ihnen allein, die Strafgelder aber nur zur Halbſchied, und die andere Hälfte, nach Abzug der Koſten, welche die Holzgerichtsmahlzeit erfordert, dem Amt Lauenau zu.

Sind 3) die Höltingsleute des Höltingsherrn Coloni, ſo glaube ich gerne, daß ihnen kein Eigenthum am Holz mitgetheilet worden, wie auch im XXV. Bedenken angemerket iſt. Aber die Bauren, welche am Deiſter berechtiget, haben

groſſen-

groſſentheils andere Guthsherren, deren Rechte ſie gebrauchen, und welche ich für Miteigenthümer halte.

Wenn aller Intereſſenten Gerechtſame im Walde eingeſchränket ſind, ſo ſtreitet nicht mehr für den einen, als für den andern die Vermuthung, daß er deren alleiniger Eigenthümer ſey. Es kann mit der Gemeinſchaft wohl beſtehen, daß jedweden Verträge verbinden, ſein Miteigenthum nur auf gewiſſe Maaſſe zu gebrauchen. Sonder Zweifel hat zu den Zeiten, wie Holz im Ueberfluß fürhanden war, ein jeder ſo viel gehauet, als er gewollt. Deswegen beſchwerten ſich die Sachſen beym POETA SAXONE edit. Reuber. pag. 302. darüber, daß Henrich IV. ſie behinderte, ſylvis communibus uti. Nachdem aber die Anzahl der Einwohner des Landes ſich vermehret hatte, und des Holzes weniger wurde, konnte ein ſolcher willkührlicher Hau, ohne gemeinſames Verderben der Benachbarten, nicht weiter geſtattet werden. Man vergliche ſich alſo darüber, welchergeſtalt die Waldung ferner zu gebrauchen ſey, und billigte einem jeden daraus zu, was er ohngefehr bedurfte. Da nun ſolchergeſtalt alle übrige von dem Gebrauch ausgeſchloſſen wurden, ſo erlangten die Intereſſenten ein gemeinſchaftliches Eigenthum des Waldes, welcher vorhin niemanden zugeſtanden. Ein ſolches Miteigenthum hat auch das Kayſerliche Kammergericht den Markgenoſſen der Seulberger und Erlebacher Mark zuerkand (d). Hingegen ſtehet, vermöge Urtel und Rechts, das völlige Eigenthum des Gehölzes denen von Hauß zu Eimbeckhauſen, mit Ausſchlieſſung der Holzmark-Intereſſenten, zu, maſſen dieſe nur gewiſſe Befugniſſe im Holz haben, und geſchehen laſſen müſſen, daß, wenn ſie das ihrige erhalten, der Herr von dem übrigen nach Willkühr Verfügungen machet (e). Beſagtes adeliche Geſchlecht iſt auch mit der Hulſeder Holzgräbſchaft von Sr. Königl. Majeſtät beliehen, ohne daß es, wie ſchon geſaget, am Eigenthum der Holzmark Theil hat, daher ihm nur die Bruchgelder und der Einkömlingsthaler von jedem Fremden gebühret, der in die Holzmark freyet, oder ſich daſelbſt niederläſſet.

(e) Ubi conceditur jus lignandi cum clauſula reſtrictiva, ſo viel als von nöthen, ſervitus realis conſtituitur. WESENBEC Conſ. 301. n. 81.

(b) LUDOLF Symph. Vol. II. Conſ. 8. p. 444. 445.

(c) PUFENDORF de Jurisdictione §. 28.

(d) LUDOLF d. l. p. 447. 448. 449. 482. REINHARD de Jure foreſtali Germanorum p. 124.

(e) PUFENDORF d. l. §. 27.

§. III.

Von den Unter-Holzgräven und Holzrichtern.

In den Waldungen, woran der Landesherr Theil hat, finden ſich, ihm, als dem höchſten Erben, unterworfene Holzgräven. Ich habe bereits im §. II. ein Protocoll von 1618 beygebracht, worin gemeldet wird, daß das Höltingsgericht den Herzogen zu Braunſchweig und Lüneburg gebühret, der Holzgräve über die Mark es aber ſitzet. Daſelbſt heiſſet es auch: „Gefraget: Wer nächſt der Abbatiſſin zu Wunſtorf mehr Erbe ſey? Eingebracht: Georg von Alten als Holzgräve über die Mark;„ Und in dem Protocollo von 1647: „Ferner erfunden: Den Holzgräven und Holzwärtern, als Jobſt von Süerſen und den Grotejahnen, und wenn dieſer Succeſſoren die Holzgräfſchaft mit Briefe und Siegeln erweiſen werden, gehöre nicht mehr, wenn die volle Maſt, als jedweden 60 Schweine, und einen Beeren in die Maſt zu treiben, den Holzwärtern aber zu voller Maſt 4 Schweine, und zu halber Maſt nur 2 Schweine. Item, dem Holzgräven gebühren keine Bäume, oder Holz von den Bäumen aus den Gehölzen zu verkaufen, ausgenommen die Fallbäume, den Knechten die Telgen und alt Lagerholz, und da die Holzgräven und Holzwärter jemand in den Holzungen hauende würden betreten, gehöre ſolches S. F. G. und ſonſt niemandes zu beſtrafen -- Gefraget: wie weit der Holzgräve in der Niedermark berechtiget ſey? Gefunden: Zur halben Maſt mit 30 Schweinen und einen Kempen.„ Eine ſolche Holzgrävſchaft ſtehet in der Langreder, Egeſtorfer und Kirchdorfer Mark dem Königlichen Oberförſter, in der Golterſchen Mark und Everloher Ohe denen von Alten zu Groſſen Goltern, in der Süerſer Mark denen von Reden zu Hüpede, und in der Redderſer Mark dem Cloſter Wennigſen zu. Nach vorgängiger Unterſuchung der Bedürfniß der an dem Walde Theilhabenden Dorfſchaften, weiſet ihnen der Holzgräve das nöthige Holz an. Er ſorget dafür, daß Eichelnkämpe angeleget, und Heiſter zugepflanzet werden. Die Intereſſenten ſind ſchuldig, ſeine Anordnungen zu befolgen; und er meldet die Holzverbrecher dem Amt Calenberg zur Beſtrafung. Im Osnabrückiſchen nennet man einen ſolchen Holzgräven, wie oben in §. II. angeführet worden, den Holzrichter.

§. IV.

Von Zuziehung der landesherrlichen Beamten bey der Landſaſſen Holzgerichten.

Gehöret hingegen der Wald dem Holzgräven, ſo wird das Gericht in ſeinem Namen geheget, jedoch an einigen Orten mit Zuziehung der landesherrlichen Beamten. Dieſes geſchiehet zu Eimbeckhauſen, alwo das Amt Lauenau, nebſt denen von Hauß, das Holzgericht über die Dörfer Eimbeckhauſen, Lüttringhauſen und Nettelrede, auch die Meyer zu Waltershagen und Milliehauſen

hauſen hält. In der Holzordnung, ſo von denen von Hauß und den ſämtlichen Markgenoſſen am 12. Nov. 1670 errichtet worden, lieſet man folgendes: „Ob es ferne Tageszeit, daß man auf gnädigſten Befehl Sr. Fürſtl. Durchl. Herrn Johann Friedrich, Herzogen zu Braunſchweig und Lüneburg, als unſers allerſeits gnädigſten regierenden Landesfürſten und Herrn, und dann im Namen derer von Hauß, als Eigenthums- und belehnten Lehnsleuten, über dero von Hauß Holzungen ſamt und ſonders, als ſie in ihren uralten und jüngſten Lehnbriefen benahmet werden, ein öffentlich Holzgericht hegen, exerciren und halten möge? Reſp. Ja es ſey ſo viel Tages.„ Ferner: „Von wem die von Hauß die in dieſes Holzgericht gehörige Hölzungen zu Lehn tragen? Reſp. von Sr. Churfürſtl. Durchl. zu Brandenburg als Herzogen zu Minden.„

Zu Beber iſt die Kirche Holzgräve, und der Pfarrer ſitzet mit den Lauenauiſchen Beamten im Holzgericht.

Die landesherrliche Theilnehmung rühret vermuthlich daher, daß man gefürchtet, es mögten dergleichen Gerichte die Unterthanen mit übermäſſigen Strafen erſchöpfen, oder auch eine mehre Gewalt ſich anmaſſen, als ihnen eingeräumet worden. Deswegen muß alles vor den Augen der Beamten geſchehen, welche keine Mißbräuche dulden. Daß auch ſelbige in verſchiedenen Meyerdingen mit ſitzen, iſt in meiner Tractation de Bonis Meierdingicis §. 32. bemerket. Sie haben Antheil an den Strafen, weil die Verbrechen in des Amts Gerichtbarkeit ausgeübet worden.

§. V.

Welchergeſtalt das Holzgericht geheget wird.

Bey unſern teutſchen Vorfahren hienge die Entſcheidung der Streithändel nicht von des Richters Gutdünken ab, ſondern der gemeine Mann fande die Urtel (a). In dem angeführten Calenbergiſchen Protocoll von 1618 wird geſaget, das Recht finden die Dorfſchaften. Man wählet zu Eimbeckhauſen Richter, Urtelträger und Achtsleute aus den Mitteln der Intereſſenten, und beeidiget ſie, deren Guthachten in zweifelhaften Fällen erfordert wird. Im Receß von 1535 verordneten Herzog Ernſt und Franz zu Braunſchweig und Lüneburg: „Sodann durch Jörgen (von Heimbruch den Höltingsherrn) und die Holzgeſchworne ſämtlich erkand wird, ſo mag Jörgen denſelbigen nach Gelegenheit des Hauſes ſtrafen (b).„

Es giebet auch Unterbediente, als Holzgeſchworne oder Holzwärter, welche das Holz fleiſſig begehen, und die Exceſſe melden müſſen.

Zur Hegung des Gerichts iſt entweder eine gewiſſe Zeit beſtimmet oder nicht (c). Erſterenfalls bedarf es keiner Ladung. Letzterenfalls werden an einigen Orten die Citationes von den Canzeln verleſen, an andern aber die Markgenoſſen von dem Holzmeiſter und Geſchwornen unmittelbar, oder auf vorgängige Requiſition durch den ordentlichen Richter verabladet (d).

Bey Eröfnung des Gerichts lieſet man die in Fragen und Antworten beſtehende alte Ordnungen oder Weisthümer ab. Zu Hülſede ſchlieſſen die Männer einen Kreis, und ſtechen ihre Meſſer vor ſich in die Erde, ſo lange, bis die Verleſung geſchehen.

Darauf werden die Strafen beſtimmet. Ein Fremder, auch die Geſchworne, ſo Holz entwenden, müſſen doppelt erlegen, was ein anderer Intereſſent ſolchenfalls entrichtet.

Die Strafgelder bekömt gemeiniglich derjenige, in deſſen Namen das Holzgericht gehalten wird. Jedoch reſerviret obangeführter Receß von 1535 denen Holzungsleuten den Beweis, daß ihnen ein Theil davon zukomme (e), welche in den Seulberger und Erlebacher Marken denen Markgenoſſen gehören (f). Das Hölting kann ſie aber nicht ſelbſt beytreiben, ſondern muß die ordentliche Obrigkeit darum begrüſſen (g). Dem Hülſeder Holzgräven iſt jedoch erlaubet, in Hülſede und Meinſen todte Pfande durch die Holzgeſchworne nehmen, und auf des Holzmeiſters Hof bringen, auch, dafern ſie zur geſetzten Zeit nicht gelöſet werden, ſelbige verſilbern zu laſſen.

Wenn die Brüche beſtimmet ſind, ſo erkundiget man den Zuſtand der Holzmark, ſtellet die eingeſchlichene Mißbräuche ab, und erörtert die zwiſchen den Intereſſenten entſtandenen Streitigkeiten (h). Iſt aber kein anderes hergebracht, ſo gehören nur diejenige vor das Holzgericht, welche den Gebrauch der Holz- und Maſtgerechtigkeit betreffen (i).

Nach geendigtem Holzgericht wird Mannzahl gehalten, und man ſtrafet beym künftigen Gericht diejenige, welche ohne erhebliche Urſach ausgeblieben.

(a) Meine Tractation de Bonis Meierdingicis §. 29.

(b) Herr PUFENDORF de Jurisdictione.

(c) Herr REINHARD de Jure Foreſtali Germanorum p. 136. 137.

(d) Herr

(d) Herr PUFENDORF Tom. III. Obſ. 105. §. 2. LUDOLF Symph. Vol. II. Conſ 8. p. 488.

(e) Herr PUFENDORF de Juriſdictione.

(f) LUDOLF d. l.

(g) Herr PUFENDORF Tom. III. Obſ. 105. §. 2.

(h) Id. de Juriſdictione §. 10. 13.

(i) Id. d. l. §. 11. 12. 14. und Tom. III. Obſ. 106. §. 2.

§. VI.

Manche nach dem alten Gebrauch ehemals beſetzt geweſene Holzgerichte ſind in neuern Zeiten abgeſchaffet, weil die Landesobrigkeit beſſere, dem Mißbrauch weniger unterworfene Einrichtungen gemachet hat. Ein ſolches wurde vor Zeiten auf dem Rathhauſe der Stadt Münder am Ulrici-Tage gehalten. Die Holzmarkintereſſenten erſchienen dabey ohne einige Ladung. Man erwählte den Holzgräven aus den Erben, und weil diejenige, welche ihre Pfande nicht löſeten, von der Holzmark ſo lange ausgeſchloſſen wurden, bis ſie ſich mit dem Holzgräven abgefunden, ſo bedurfte es keiner Executionsmittel. Der eingeſchlichenen Mißbräuche halber verordnete aber die Landesherrſchaft 1711, daß einem Stadtförſter und fünf Holzwärtern unter der Direction Bürgermeiſter und Raths, die Bewahrung des Holzes anvertrauet werden ſolle, welche die Verbrecher zur Strafe anmelden, die genommene Pfande auf das Rathhaus liefern, und ohne des Raths Bewilligung, niemand verſtatten, Holz zu fällen: Dieſer erkennet die Strafen, wovon der Förſter den vierten Theil, und eben ſo viel der Denunciant bekömt, die andere Hälfte aber der Stadtcämmerey einflieſſet. Im Amt Calenberg wird auch kein ſolches Landesfürſtl. Holzgericht mehr gehalten, wie es beſage §. II. vor Alters geſchahe, ſondern die Beamten ſtrafen alle Holverbrechen. Bey dieſen Gerichten fande der Bauer, wie bey den Landgerichten, das Recht, thate oft ſeltſame Ausſprüche, und ſchränkte die richterliche Gewalt der Beamten ein. Man hat ihn daher ſo wohl von jenen, als von dieſen an vielen Orten ausgeſchloſſen, und dadurch die Koſten erſpahret, welche die Hegung des Holzgerichts erforderte. Verſchiedene Holzgerichte ſind in Abgang kommen.

CLVI. Bedenken.

Die Exceptio Scti Macedoniani kömt in Teutſchland einem Vater zu ſtatten, wenn er gleich den Sohn knap gehalten, und dieſer derſelben ſich eidlich begeben hat.

Es fehlet an Rechtslehrern nicht, welche in Zweifel ziehen, daß das Sctum Macedonianum bey uns geſetzliche Kraft hat. Die Einführung des Römiſchen Rechts iſt nimmer zu vermuthen, wenn es aus Principiis herflieſſet, und ſich auf Umſtände gründet, die in Teutſchland keine Statt finden (a). Das Sctum Macedonianum ſoll zum Endzweck haben, den bey den Italienern nicht ſeltenen Mord der Eltern zu behindern, welchen die lange Dauer und Härte der väterlichen Gewalt vielfältig veranlaſſete, dieſer aber bey den Teutſchen nicht ſo ſehr zu fürchten ſeyn, allwo ein Sohn viel leichter ſein eigener Herr wird (b). Allein wenn gleich häufigere Mordthaten das Sctum veranlaſſet haben, ſo folget daher nicht, daß man nur ſolche behindern wollen. Das Geſetz iſt heilſam, wenn gleich dieſe nicht zu beſorgen wären. Es gereichet zum merklichen Abbruch der väterlichen Gewalt, und verurſachet den Eltern herznagenden Verdruß, wenn die Kinder, wider deren Willen, ihre Einrichtung machen, und Güter, die ſie nur in Hofnung beſitzen, mit Schulden beſchwehren. Ihnen ſelbſt aber wird dadurch noch mehr geſchadet, und ſie in Verſuchung geführet, zu einer Zeit, da der Verſtand noch nicht zur Reife kommen, unnöthigen, ja wohl verderblichen Aufwand zu machen, welches der Geſetzgeber nicht nur zu Rom, ſondern billig überall zu verhindern ſuchet. Geſetzt jedoch auch, die Einführung des Scti müſte erwieſen werden, ſo könte ſolches nicht ſchwer fallen, da die Schriften der Rechtsgelehrten mit Erkenntniſſen angefüllet ſind, welche auſſer Zweifel ſtellen, daß ſelbigen gemäß überall in Teutſchland erkand wird (c).

Aber ſollte dieſes nicht auf den Fall einzuſchränken ſeyn, wenn der Sohn ein Verſchwender iſt, und das angeliehene Geld liederlich herdurchbringet? Es hält Beyer ad ff. Tit. de Scto Macedoniano dafür, ſolum ejus ſupereſſe uſum, ſi creditor luxuriam adoleſcentis promoverit. Allein da es von des Vaters Willkühr abhanget, dem Sohn viel oder wenig zu geben, und er nur ſchuldig iſt, demſelben ſtandesmäſſigen Unterhalt zu verſchaffen (d), ſo iſt es unerlaubet, zu ſolchen Ausgaben ihm Geld zu leihen, die zwar unnöthig, jedoch mancher gütige Vater ſeinem Kinde nicht verſaget. Hätte dieſes das von ihm

Empfan-

Empfangene liederlich herdurch gebracht, ſo ſtehet dem Vater um deſtoweniger zu verdenken, daß er es zappeln läſſet, und härter hält, als ſonſt gewöhnlich iſt (e).

Eine eidliche Renunciatio SCti des Sohns verbindet ſelbigen ſo wenig, als den Vater (f). Wegen des Letztern iſt die Sache keinem Zweifel unterworfen. Man ſollte jedoch dafür halten, jener könnte ſich nach des Vaters Tode nicht entbrechen, was er eidlich verſprochen, zu erfüllen. Obgleich aber ſolches dem verſtorbenen Vater unnachtheilig iſt, ſo ſchadet es doch andern Vätern und Söhnen, weil ſich leichter jemand bewegen läſſet, Kindern, die in väterlicher Gewalt ſind, Geld zu leihen, wenn ſie nach des Vaters Tode es bezahlen müſſen, als wenn die Wiederbezahlung allein von ihren und ihrer Erben Willen abhänget. Erlangte ein des gemeinen Beſtens halber verbotener Handel durch Eidſchwüre Kraft, ſo verfehlte der Geſetzgeber ſeines Endzwecks gänzlich, weil alsdenn der Gläubiger gewiß immer vom Schuldner einen Eid forderte, und dieſer ſich zu deſſen Leiſtung eben ſo leicht entſchlieſſet, als er eine ohnbeſchworne Verſchreibung ausſtellet. Die Königl. Hannöverſche Juſtitzcanzley hat in Sachen des Jacobſchen Curatoris wider Bierwirth 1760 dieſen Principiis gemäß erkand.

(a) S. meine Nebenſtunden Part. V.

(b) THOMASIUS ad ff. Tit. de SCto Macedoniano. LUDEWIGII Differentiæ Juris Romani & Germanici in mutuo Diff. 7.

(c) Gottfr. Lud. MENCKEN de Uſu forenſi SCti Macedoniani per tot.

(d) VOET ad ff. Tit. de Agnoſcendis & alendis liberis §. 4.

(e) MENOCH de A. I. Q. Caſ. 172. n. 55. LYNCKER Vol. II. Reſp. 156. n. 17. JCTI HALLENSES Tom. I. Lib. I. Conf. 162. n. 7.

(f) VOET ad ff. Tit. de SCto Macedoniano §. 10. MENCKEN d. l. §. 44. FROMMANN de SCto Macedoniano §. 41. SIMONIS Ceſſatio SCti Macedoniani th. 19. Herr PUFENDORF Tom. II. Obſ. 171.

CLVII. Bedenken.

Wer bey einer Erbtheilung verkürzet worden, kann immer begehren, daß man den Mangel erſetze, dafern er aber Erbſtücke über den wahren Werth angenommen, nur alsdenn, wenn er mehr als die Hälfte zu wenig bekommen.

Dafern bey Erbtheilungen etwas ungetheilet blieben, ſo kann derjenige Erbe, welcher davon nichts, oder zu wenig erhalten, noch immer das ihm Gebührende fordern, wenn er gleich angenommen, was der Miterbe zu ſeiner Befriedigung hinlänglich zu ſeyn, aus Irrthum oder Betrug vorgabe. Sind alſo 1000 Schafe fürhanden geweſen, ohne daß es beyde Theilende gewuſt, alsdenn gebühren dem, der nur 490 Stück empfangen, annoch 10, ohnerachtet er den die geringere Anzahl von 980 Schafe vorausſetzenden Theilungsreceß vollzogen hat (a). Zwar wendet WOLF de Diviſione legitima extrajudiciali ob modicam læſionem nec impugnanda, nec reſcindenda, nec reformanda §. 3. hierwider ein: Exemplum, quod ex Coccejana diſſertatione repetit Strykius de 100 ovibus diviſis, ex quibus unus 52, alter 48 acceperit, levidenſe eſt, & tantum non ficulneum. Quid ſi melioris conditionis & magis egregiæ indolis eſſent 48, quam 52? Quid ſi inæqualitas per alias res compenſata fuiſſet? Quid ſi ſupine & imprudenter in numerando verſatus ille talpa cæcior ſocius? Num tamen ipſi ſuccurrendum eſſe putas? Nos non putamus. Allein vom erſtern Fall redet STRYK gar nicht, ſondern von einer Verletzung, die durch keine fehlſame Taxation veranlaſſet iſt. Man ſetzet voraus, daß entweder Beyde, oder doch derjenige, welcher zu wenig bekommen, nicht gewuſt, daß ihm mehr gebühre. Erſternfalls entkräftet ein Irrthum den Handel, wie Herr WOLF §. 4. einräumet. Er thut zwar hinzu: Si is, qui ſe læſum eſſe quæreretur, ipſe ſolus ſupine erraverit, imprudenterque, nulla accedente doloſa deductione in errorem, ex parte reliquorum diviſionis conſortium, an tunc quævis etiam modica læſio, id eſt, quæ non eſt enormis ultraque dimidium, prætextum ſæpe frivolum reſciſſionis reformationis urgendæ ſuppeditare debeat, id negamus atque pernegamus. Wann aber die übrige Miterben gewuſt, daß mehre Schafe fürhanden waren, als vertheilet ſind, und ſolches verſchwiegen haben, ſo handelten ſie allerdings betrüglich. Herr WOLF will auch, daß ein Error calculi zu verbeſſern iſt, der jedoch ſo wohl zu vermeiden ſtehet, als eine unrichtige Zählung der Schafe.

Wenn aber zwar alles zur Theilung kommen, jedoch bey ſelbiger der getheilten Sachen Werth nicht richtig beſtimmet iſt, alsdenn führet das Geſchäft in ſofern einen Tauſch oder Kauf mit ſich, welcher nur angefochten werden mag, wenn jemand über die Hälfte verletzet iſt (b), und hat die Königl. Hannöverſche Juſtizcanzley in Sachen Volmer wider Langen 1760 alſo erkand.

(a) COCCEJUS de Remedio L. 3. C. Communia utriusque judicii Sect. 3. §. 2. LEYSER Spec. 117. Med. 5.6. Herr Geheimte Juſtizrath GEBAUER de Hercto cito ob inæqualitatem in melius reformando C. 2. §. 10.

(b) L. 1. Communia utriusque judicii. COCCEIUS d. l. §. 5. BEYER ad ff. Tit. Communi dividundo. BOEHMER Tom. III. Part. II. Reſp. 202. n. 8. 9. GEBAUER d. l. §. 3. 4. 10. 11.

CLVIII. Bedenken.

Von der Strafe des Raubes.

Vom Raube iſt in der peinlichen Halsgerichtsordnung folgendes enthalten: „Ein jeder boshaftiger überwundener Räuber ſoll, nach vermöge unſerer Vorfahren und unſer Kayſerlicher gemeiner Rechte, mit dem Schwerdt, oder wie es an jedem Ort in dieſem Fall mit guter Gewohnheit Herkommens iſt, doch am Leben geſtraft werden.„ Nach dieſem Geſetz ſind alle Räuber mit der Todesſtrafe zu belegen, und gleichwohl beziehet es ſich auf die gemeine Kayſerl. Rechte, welche nicht allen Raub ohne Unterſcheid dergeſtalt geahndet wiſſen wollen. Denn es heiſſet in dem L. 28. §. 10. ff. de Pœnis: Graſſatores, qui prædæ cauſa id faciunt, proximi latronibus habentur; & ſi *cum ferro* adgredi, & ſpoliare inſtituerunt, capite puniuntur, utique, *ſi ſæpius atque in itineribus* id admiſerunt: Cæteri in metallum dantur, vel in inſulas relegantur. Hier wird zur Erkentniß der Todesſtrafe erfordert, daß der Raub 1) cum ferro, 2) ſæpius, und 3) in itineribus verübet worden. Deswegen halten verſchiedene Rechtslehrer dafür, es habe Kayſer Carl V. den L. 28. §. 10. ausdrücklich aufgehoben, indem er, ohne einen Unterſcheid zu machen, verordnet, daß die Räuber am Leben geſtrafet werden ſollen (a). Ich zweifle jedoch daran, weil der Geſetzgeber die Todesſtrafe ſchlechterdings aus den gemeinen Kayſerl. Rechten herleitet, und nur wegen der Art des Todes es bey dem Herkommen läſſet. Es iſt ganz unglaublich, daß derſelbe ſich auf ein Geſetz bezogen, welches er aufheben wollen.

len. Die Verfaſſer der peinlichen Halsgerichtsordnung ſind den Römiſchen Rechten, ſo viel möglich, gefolget, und haben keine andere durch die Kayſerl. gemeine Rechte verſtanden. Man hielte zu ſelbigen Zeiten Juſtinianum für der teutſchen Kayſer Vorfahren am Reich, und deswegen ſeine Geſetze im ganzen teutſchen Reich für verbindlich, aus welchem alſo zu erlernen, wer nach der peinlichen Halsgerichtsordnung ein boshafter Räuber iſt (b).

Die Vernunft erfordert, daß man diejenige ſchärfer ſtrafe, die mit tödtlichem Gewehr geraubet haben, als andere, weil von jenen, nicht aber von dieſen, zu vermuthen, daß ſie einen Mord begehen wollen, wenn ſich der Beraubte widerſetzet hätte. Deswegen wird ein mit Gewalt geſchehener Diebſtahl härter geahndet, als ein ohne alle Gewalt ausgeübter, und es iſt ungläublich, daß der Geſetzgeber beym Raube dieſen vernünftigen Unterſcheid aus den Augen geſetzet. Muß denn aber kein Räuber mit dem Tode beſtrafet werden, als derjenige, welcher Waffen dabey gebrauchet, auch mehrmalen, und zwar auf der Heerſtraſſe geraubet hat? Ich glaube ſolches keinesweges. Denn es kann 1) auch mit andern Werkzeugen die gröſte Gewalt verübet werden (c). 2) Saget der L. 28. §. 10. nicht, daß nur eine Rapina cum ferro ſæpius, in itineribus admiſſa mit dem Tode zu beſtrafen, ſondern das Wort *Utique* zeiget an, daß ſolches in dieſem Fall um deſto mehr, und wenigſtens geſchehen müſte. Der JCtus hält dafür, es verdiene ſchon die Todesſtrafe, ein mit mördlichen Gewehr verübter Raub. Solches leide um deſtoweniger Zweifel, wenn er mehrmalen, und auf der Herrſtraſſe geſchehen. In andern Fällen kömt es darauf an, ob die Umſtände ergeben, daß groſſe Gewalt verübet werden wollen (d), und dieſe die Thäter verabredet haben, oder ob ſie ſich ohne ſelbige der geraubten Sachen bemächtiget, und dem Beraubten kein Leid zugefüget haben, noch es zu thun vermuthlich ihre Abſicht geweſen, auch die That ohne alle vorgängige Verabredung geſchehen (e). Dieſe Deutung des L. 28. §. 10. billiget wenigſtens Kayſer Karl V. weil er ſonſt nicht verordnen können, daß vermöge der gemeinen Kayſerl. Rechte ein boshafter Räuber am Leben beſtrafet werden ſolle. Als demnach 1758, bey Abzug der Franzoſen, Leute aus verſchiedenen Dorſchaften, welche von ohngefähr zuſammen kommen, und nicht mit dem geringſten Werkzeug verſehen waren, womit jemand Schade zugefüget werden kann, ohnweit Hameln einen Mann mit vielen zuſammengekoppelten Pferden, ohne Wagen fanden, und, ihrem Vorgeben nach, glaubten, er habe ſie entwendet, dieſelbe aus der Koppel losmachten, und davon ritten, den Mann aber weder bedroheten, noch ihm Leid zufügten, obwohl er ſich widerſetzte, und den Inquiſiten nachjagte, ſo hat die Königl. Hannöverſche Juſtizcanzley ſie 1760 auf 6 Monat in die Karre verdammet.

(a)

(a) Kreſs ad C. C. ad art. CXXVI. p. 338. Herr Boehmer ad Carpzov. Q. 90. Obſ. 2. Beyer in Delin. Jur. Crim. Art. 126. n. 5.

(b) Graſs in Coll. Juris Romani cum Receſſibus imperii p. 707. Leyser Spec. 539. Med. 8. Engelbrecht in Compend. ff. tit. Vi bonorum raptorum §. 43. Homborg Reſp. 104. n. 17.

(c) Carpzov Prax. crim. Qu. 91. n. 7.

(d) Beyer d. l. Jcti Tubingenses Tom. IV. Conſ. 196. n. 16.

(e) Graſs d. l. pag. 701. 710. Jcti Tubingenses d. l. n. 18.

CLIX. Bedenken.

Von auſſergerichtlichen Geſtändniſſen.

Daß ein Geſtändniß vollenkommen erweiſe, dazu erfordert man 1) daß es vor dem ordentlichen Richter, und 2) in des Gegentheils Gegenwart geſchehen, der es auch 3) dienſamſt ſoll annehmen müſſen.

Nun heiſſet es zwar in Lib. 6. §. 3. de Confeſſis: Si quis abſente adverſario confeſſus ſit, videndum, nunquid non debeat pro judicato haberi, quia nec qui jurat, de operis obligatur, nec ſoleat quis abſenti condemnari. Certe procuratorem, tutorem, curatoremve præſentem eſſe ſufficit; und in Cap. 4. X. de Judiciis: Sicut ſententia a non ſuo judice lata non tenet, & ita facta confeſſio coram ipſo. Verbindet alſo ein vor dem Judice incompetente geſchehenes Bekentniß nicht, ſo thut es ein auſſergerichtliches um deſtoweniger.

Allein in dem angeführten Textibus wird einer ſolchen Confeſſion nur die Kraft verſaget, welche rechtskräftige Urtheile haben (a), nicht aber verneinet, daß ſelbige, wenn ſie im Ernſt, und mit guter Ueberlegung geſchehen, einen vollenkommenen Beweis machen. Der Lib. 13. Cod. in fin. de Non numerata pecunia enthält folgende Verordnung: Nimis indignum eſſe judicamus, quod ſua quisque voce dilucide proteſtatus eſt, id in eundem caſum infirmare, teſtimonioque reſiſtere; welches das C. 10. X. de Probationibus wiederholet (b). Dem Schuldner war durch einem Notarium in Gegenwart zweyer Zeugen die aus wenigen Forderungen beſtehende, und keiner mühſamen Prüfung bedürfende Rechnung übergeben. Er gieng ſie mit dieſem durch, erkandte alles für richtig, ſtellte über den Em-

pfang ſolcher Rechnung einen Schein aus, und wandte auch einige Zeit nachher nicht das mindeſte dawider ein (c). Wer kann bey dieſen Umſtänden zweifeln, daß ſein Geſtändniß ernſtlich und wohl überleget geweſen? Es wird auch billig jedesmal vermuthet, daß der Gläubiger eine ihm verträgliche Confeſſion angenommen hat (d). In dem erwehnten Fall war der Notarius, welcher die Rechnung übergeben, als ein Mandatarius anzuſehen (e), mithin das Geſtändniß nicht nur præſente procuratore des Klägers geſchehen, ſondern ſelbiger hatte es auch ausdrücklich acceptiret; daher dann von Königl. Hannöverſcher Juſtitzcanzley 1760 in Sachen Claproth wider Liſt, ſelbiges für hinlänglich zum Beweis erkand worden.

(a) Boehmer J. E. P. Lib. 2. Tit. 18. §. 6.

(b) Eben dieſer lehret in Introd. in Jus ff. Tit de confeſſis §. 10: Extrajudicialis confeſſio, quatenus ſerio, ex cauſa, de facto proprio probari poteſt, in civilibus plene probat, ſicut alia ſcriptura, quæ confeſſionem continet; und Kress Spec. Jur. Lib. V. Tit. 19. §. 8. pag. 805: Rectius animus deliberatus inſpicitur, quam locus; auch Beyer ad ff. Tit. de confeſſis §. 2: Extrajudicialis confeſſio non facit plenam probationem, ſi fortuito ſermone proferatur; ſecus, ſi animo deliberato facta ab adverſario acceptetur, vel a confitente reiteretur.

(c) Leyser Spec. 279. Med. 10.

(d) Lauterbach C. T. P. Tit. de Confeſſis §. 15. Meier Colleg. Jur. Argent. d. t. §. 6. und es halten eine ausdrückliche Acception für unnöthig Meier d. l. Lauterbbach de Confeſſione th. 30. Ludovici Doct. ff. tit. de Confeſſis §. 4. Leyser Spec. 473. Corol. 1. Kress d. l.

(e) Ludolf Obſ. For. 324. Herr Pufendorf Tom. II. Obſ. 180.

CLX. Bedenken.

Von der Erbeinſetzung der Geſchwiſter und ihrer Kinder.

In des Obriſten Walters Teſtament ſind ſeine Stifmutter und 4 Kinder, ſamt deren Kindern, jetzigen und vielleicht noch künftigen ſolchergeſtalt zu Erben eingeſetzet, daß die ganze Verlaſſenſchaft unter ihnen in gleiche Theile, und alſo in fünf Portiones getheilet werden ſolte. Man mögte dafür halten, daß den

Ge-

Geſchwiſterkindern ſo viel Recht an der Erbſchaft zuſtehe, als den Geſchwiſtern. Den Worten nach, ſollen ſie auch Erben ſeyn; und die etwas nährere Verwandſchaft ihrer Eltern wirket keine ſo ſtarke dieſen zu ſtatten kommende Vermuthung, daß man Urſach hätte, die Erbeinſetzung ihrer Kinder für eine Subſtitution zu halten (a). Die Rechtslehrer vermeynen jedoch, daß es geſchehen müſſe, wenn die künftige Kinder der Geſchwiſter nebſt ihnen Erben ſeyn ſollen, weil nicht zu vermuthen, daß der Erblaſſer ſolche beſonders geliebet habe (b). In dem angeführten Fall leidet die Sache keinen Zweifel, da im Teſtament verordnet worden, daß die Erbſchaft nur zwiſchen der Stiefmutter und ihren 4 Kindern zu vertheilen ſey, welche in zwölf Portiones zu theilen geweſen wäre, dafern die Geſchwiſterkinder gleich mit erben ſollen; daher ihnen, wenn ihre Eltern den Erblaſſer überlebten, nichts zugedacht ſeyn kann, maſſen keine fideicommiſſariſche Subſtitution im Teſtament wörtlich enthalten, noch ſolche zu vermuthen iſt, wie im LXXXI. Bedenken angemerket worden. Die Königl. Hannöverſche Juſtitzcanzley hat in Sachen Süllow wider des Archivſecretarii Walters Erben 1760 alſo erkand.

(a) MANTICA de Conjecturis ultimarum voluntatum Lib. 4. Tit. 9. n. 19. 20. BOEHMER Tom. II. Reſp. 696. n. 26.

(b) MENOCH Lib. 4. Præſumt. 70. n. 21. VOET ad ff. tit. de Heredibus inſtituendis §. 20.

CLXI. Bedenken.

Die vom Feinde währender Occupation eines Landes aus erheblichen Urſachen erlaſſene Steuren kann die Landesherrſchaft nicht beytreiben.

Als das groſe franzöſiſche Kriegesheer 1757 bey Hannover ſtunde, wurden der Dorfſchaft Linden ſämtliche Sommerfelder abfouragiret, und die Winterfrüchte ihr aus den Scheuren genommen, überdem dieſelbe mit Einquartierungen von andern beſchweret, und dennoch wolte man durch militairiſche Execution die dem Amt Calenberg zu entrichtende Dienſtgelder, und den Landſchatz von den Leuten beytreiben. Als aber der franzöſiſchen Intendance die Unmöglichkeit vorgeſtellet wurde, ſolche aufzubringen, erlieſſe ſie der Dorfſchaft dieſe Gefälle, daher nachmals die Frage entſtunde, ob Königl. Cammer befugt ſey, das Erlaſſene beyzutreiben? Nun iſt zwar der rechtmäſſige Herr eines Landes an dasjenige nicht gebunden, was ein ungerechter Beſitzer deſſelben gethan,

 folglich

folglich kann dieſer nicht verſchenken, was jenen gebühret (a). Eine andere Bewandniß aber hat es, wenn dasjenige, was der Feind verfüget, zum gemeinen Beſten gereichet, und auch der Landesherr es billig thun ſollen (b). Die Steuren werden von den Früchten gegeben (c), und wem dieſe durch Unglücksfälle genommen ſind, dem iſt jener Entrichtung nicht anzumuthen (d). Daß aber den Einwohnern zu Linden die ganze Erndte entgangen, und ſie noch mehre harte Kriegesbeſchwerden ertragen müſſen, war notoriſch. Die franzöſiſche Intendance hat alſo nicht mehr gethan, als was Recht und Billigkeit erfordern, welches gelten muß, ob gleich der feindliche Ueberfall hieſiger Lande der ungerechteſte iſt.

Unter freyen Staaten ſtehet jedoch nicht auszumachen, welcher kriegende Theil Recht hat (e); daher wie bereits im XLI. Bedenken angemerket worden, die herrſchaftliche Gefälle, welche der Sieger empfangen, dem rechtmäſſigen Landesherrn in Rechnung gebracht werden können (f). Widrigenfalls müſten alle Steuren und Cammergefälle, die der Feind erpreſſet hat, den Königl. Caſſen noch einmal bezahlet werden, welches jedoch den Unterthanen nimmer angemuthet iſt. Die Königl. Hannöverſche Juſtitzcanzley hat daher in Sachen Anwalds der Königl. Cammer, wider die Eingeſeſſene der Dorfſchaft Linden 1760 erkand: „daß weil der groſſe Schade, welchen beklagte Dorfſchaft bey der feindlichen Ueberziehung erlitten, notoriſch, mithin die franzöſiſche Intendance, indem ſie ſelbiger die Abgiften erlaſſen, welche von den verlohren gegangenen Früchten entrichtet werden müſſen, nur dasjenige gethan, was die rechtmäſſige Landesherrſchaft ihr nicht verſagen können, ſo ſey dieſelbe von angeſtellter Klage zu entbinden.“

(a) Sam. COCCEJUS ad Grotium de J. B. & P. Tom. III. p. 211. & Diſſ. procemium 12. ad Grotium §. 768.

(b) Idem de Regimine uſurpatoris rege ejecto §. 65. 66.

(c) KLOCK de Contributionibus C. 18. n. 52. WILDVOGEL de Jure collectarum §. 35. 36.

(d) GAIL Lib. I. Obſ. 21. n. 19. WILDVOGEL d. l. §. 19.

(e) GLAFEY Recht der Vernunft p. 569.

(f) Imperio occupato jura ſimul publica ſunt occupata, ſub quibus uti ærarium, ita nomina quoque publica continentur. HERTIUS ad Pufendorf de J. N. & G. Lib. 8. C. 6. §. 23.

CLXII.

CLXII. Bedenken.

Ob eine geſchwächte Perſon, die zu demjenigen, der ſie geſchwängert hat, ins Bette kommen, einen Brautſchatz fordern könne.

Titia konnte nicht in Abrede ſtellen, daß ſie zu dem Cajo, ihres Vetters, eines Krämers Lehrburſchen, ins Bette kommen, und ſich daſelbſt ſchwängern laſſen. Dieſer vermeynte deswegen nicht ſchuldig zu ſeyn, ihr einen Brautſchatz zu geben, weil ſie ihn verführet hätte. Ein ſo liederliches Menſch, welches ſich ohnerſuchet zu einem jungen Burſchen leget, hat allerdings den daraus entſtandenen Schaden ſich ſelbſt beyzumeſſen (a). Beklagter ſtellete aber nicht in Abrede, daß er die Klägerin eingeladen, zu ihm ins Bette zu kommen, mithin ſtunden dieſe Leute bereits vorhin in unerlaubter Vertraulichkeit, wie denn ſonſt ein Lehrburſch ſich ſchwerlich unterſtehen würde, ſeines Herrn Anverwandtin dergleichen anzumuthen. Daß aber zu den Liebeshändeln die Mannsperſon Anlaß gegeben, und die Geſchwächte von demſelben verführet ſey, wird im Zweifel vermuthet (b). Wenn der Beyſchlaf verabredet worden, ſo kömt es wenig darauf an, ob das Mannsbild zur Frauensperſon, oder dieſe zu jenem gehet, weil ſonſt ihre Unzucht ſo füglich nicht verheelet werden könnte; daher des Caji Einwendungen ſowohl von der Helmſtädtiſchen Juriſtenfacultät, als 1760 von der Königl. Hannverſchen Juſtitzcanzley verworfen worden.

(a) STRYK ad Brunnemann Jur. Eccleſ. Lib. 2. C. 18. §. 26. VOET ad ff. Tit. ad L. Juliam de adulteriis §. 4. LEYSER Spec. 583. Med. 12.

(b) LEYSER d. l. Med. 10.

CLXIII. Bedenken.

Von der Satisfaction einer Geſchwächten.

In dem eben angeführten Fall wurde der Satisfaction begehrenden Klägerin zu erweiſen auferleget, was ſie dem Beklagten zubringen könne. Dieſelbe thate mit Zeugniſſen dar, daß ihr Brautſchatz in 500 Thlr. beſtehen würde, welchen ihr zum Theil die Anverwandte ſchenken wolten, damit ſie wieder zu Ehren kommen mögte. Der Beklagte wendete ein, er könne dieſe Summe ohne ſein Verderben nicht abtragen. Wurde jedoch dazu mit gutem Grunde verurtheilet. Denn es gebühret der Geſchwächten ein Aquivalent der verlohrnen

Hof-

Hofnung zum Manne zu kommen, worum ſie der Beklagte gebracht hatte (a). Ein beträchtlicher Brautſchatz giebet gemeiniglich denen Frauensperſonen mehr Gelegenheit ſich anſtändig zu verheyrathen, als ein geringer, mithin verlieret die reichere mehr wie eine andere, welche kein beſonderes Glück in Heyrathen erwarten können. Die Satisfaction wird alſo billig dem Heyrathsguth gemäß beſtimmet; und es thut nichts zur Sache, ob ſolchen der Vater hergiebet, oder ſonſt ein Vermögen der Geſchwächten zu Theil worden (b). Fehlet es aber auch daran, ſo iſt auf ihren Stand zu ſehen (c). Die Hälliſche Juriſtenfacultät hat eines ziemlich bemittelten Bauren Tochter 300 Thlr. zuerkand (d); daher eines vornehmen Bürgers Tochter wohl 500 Thlr. gebühren. Dem Beklagten komt es nicht zu ſtatten, daß ſeine Umſtände mittelmäſſig ſind, und ihm wenig übrig bleibet, wenn er die Klägerin vergnüget. Es lehret MEVIUS ad Jus Lubec. Part. IV. Tit. 5. Art. 1. n. 23: Non attenditur, quid poſſit ſtuprator, & quo cariturus eſt, cum ſtuprata careat iis, quæ omne pretium ſuperant, nec reſarciri poſſunt; und VOET ad L. Juliam de Adulteriis §. 3.: Eſt in dotis conſtituenda quantitate habenda ratio non bonorum ſtupratoris, ſed puellæ ſtupratæ, ut ſc. dotis nomine tantum a ſtupratore recipiat, quanto plus dotis nomine opus habet, ut pari nubere poſſit.

(a) BOEHMER I. E. P. Lib. V. Tit. 16. §. 9. und Tom. III. Part. III. Dec. 839. n. 6. LEYSER Spec. 583. Med. 11.

(b) SANDE Lib. 2. Tit. 1. Def. 10.

(c) BOEHMER d. l. §. 9. und Tom. III. Part. I. Dec. 76. n. 13. 14.

(d) Idem Tom. III. Part. III. Dec. 839. n. 5.

CLXIV. Bedenken.

Die Eidesdelation findet nach Ablauf des Termini probatorii annoch Platz.

Es machet nicht leicht jemand den Gegentheil durch die Eidesdelation zum Richter und Zeugen in ſeiner eigenen Sache, wenn er ſonſt Beweis führen kann. Indem das Gericht der Parthey auferleget, ſolchen binnen gewiſſer Friſt beyzubringen, ſcheinet es nicht zu erfordern, daß für deren Ablauf, auf den Fall, wenn der Beweis für unzulänglich erkand würde, auch die Eidesdelation geſchehen ſolle (a), als welches eine Formalität wäre, die keinen Nutzen hat,

und

und dem Beweiſsführer ſchaden kann (b). Bemühete er ſich auch vergebens, Zeugen oder Documente ausfündig zu machen, und könnte daher binnen anberahmter Friſt den Beweis gar nicht antreten, ſo erlaubet man ihm annoch billig, ſeinem Gegner den Haupteid zuzuſchieben. VOET ad ff. tit. de Jurejurando §. II. ſchreibet hievon: Si ab initio reus actori, vel actor reo juramentum deferre poſſit, ubi probationes ſibi ſufficientes deeſſe videt, ratio nulla eſt, cur non & poſtea, mediante ſaltem reſtitutione haud difficulter impetranda, eo confugiat, adverſarium Judicem ſimul ac teſtem faciens in ſua cauſa. Es verlängerte den Proceß, wenn man eine ſolche Reſtitution erfordern wolte, deren es nicht bedarf, maaſſen das die Beweisführung auferlegende Urtel von keiner Eidesdelation, als einer auſſerordentlichen Art des Beweiſes zu verſtehen (c). Die Sache leidet um deſtoweniger Zweifel, wenn ein Eid in der Appellationsinſtanz gefordert wird, weil den Appellanten das Beneficium non deducta deducendi, & non probata probandi nicht zu verſagen (d).

(a) BRUNNEMANN ad L. 12. Cod. de Rebus creditis n. 15. MARTINI ad O. P. S. Tit. 18. §. 1. n. 119. GERBET de cautelis Juramentorum Sect. 4. C. 1. n. 6. p. 604.

(b) Herr Ober Appellationsrath PUFENDORF Tom. I. Obſ. 154.

(c) Perinde habetur, quod juratum eſt, atque ſi probatum eſſet L. 11. §. 3. ff. de Jurejurando.

(d) MEVIUS Part. IV. Dec. 5. STRYK de Probationis probatione meliori C. 3. n. 21. Herr PUFENDORF d. l.

CLXV. Bedenken.

Wenn keine gewiſſe Zeit beſtimmet iſt, zu welcher die gemeinſchaftliche Triften auf den Aeckern und Wieſen eröfnet werden müſſen, ſo mag es nicht geſchehen, bevor die Früchte reif worden, und vom Eigenthümer ohne ſeinen Schaden abgeerndtet werden können.

Weil das auf der Höhe befindliche Gras noch nicht den völligen Wachsthum erlanget hatte, als es in den Gründen gemähet wurde, ſo lieſſen die Eigenthümer jenes in ihrer Wieſe vor Kohlenfeld ſtehen. Die Lohnherren der Huedtrift zu Wunſtorf riſſen aber ſelbige auf, und hüteten das Gras ab. Als

die Eigenthümer der Wieſen ſich darüber beym Wunſtorfiſchen Stadtgericht beſchwereten, erkandte dieſes, weil beſagte Wieſe zwiſchen der Winter- und Sommererndte gemähet werden müſſe, ſo hätten Beklagte nicht unrecht gethan, daß ſie ihre Hudegerechtigkeit in Acht genommen. Klägere appellirten davon an die Königl. Hannöverſche Juſtizcanzley, welche unterm 15. Jul. 1760 verabſcheidete, „daß Appellanten nicht ſchuldig, das Heu abzuerndten, bevor es zum völligen Wachsthum gediehen, und bis dahin Appellaten auf ihre Wieſe zu hüten unbefugt, mithin ſich deſſen künftig zu enthalten, und ihnen denen dadurch im Jahr 1759 verurſachten Schaden zu erſetzen hätten, ſie könnten denn erweiſen, daß ſolche Wieſe von Alters her jedesmal zwiſchen der Winter- und Sommer-erndte gemähet worden, die Gräſerey möge beſchaffen ſeyn, wie ſie wolle.„ Die Entſcheidungsgründe waren dieſe, daß alle Servitutes im engeſten Verſtande zu nehmen, und dergeſtalt zu erklären ſind, damit ſie dem Eigenthumsherrn ſo wenig ſchaden, als es thunlich, mithin nicht zu vermuthen iſt, daß derſelbe auf ſeinen Wieſen jemanden Hud und Weide verſtatten wollen, bevor das Gras zeitig worden, und alſo ohne Schaden von ihm abgeerndtet werden können (a), wozu wegen der ſehr unterſchiedenen Beſchaffenheit der Gründe, und der unbeſtändigen Witterung nicht wohl eine gewiſſe Zeit beſtimmet werden kann (b). Wäre aber von Alters her die Wieſe jedesmal zwiſchen der Winter- und Sommererndte gemähet, wenn gleich das Gras auf der Höhe noch nicht von vollkommener Gröſſe geweſen, ſo entſtünde daher die Vermuthung, eines den Eigenthümer dazu verbindenden Vertrages.

(a) Carpzov Part. II. Conſt. 41. Def. 4. Leyser Jur. Georg. Lib. 3. Cap. 10. n. 36. Horn Claſſ. I. Reſp. 29. pag. 50. Wernher Tom. III. Part. II. Obſ. 301.

(b) Klingners Dorf- und Baurenrecht. Part. II. p. 27.

CLXVI. Bedenken.

Von der geiſtlichen Lehnsfähigkeit.

§. I.

Geiſtliche ſollen billig keine Kriegesdienſte leiſten. Es

Der Geiſtliche- und Soldatenſtand läſſet ſich in einer Perſon nicht vereinbaren. Die Concilia und Capitularia der Fränkiſchen Könige verordnen daher: Servis Dei per omnia armaturam portare, aut in exercitum & in hoſtem per-

pergere, omnibus prohibuimus, niſi illis tantum, qui propter divinum myſterium, miſſarum ſcilicet adimplendum, & ſanctorum patrocinia portanda, ad hoc electi ſunt: id eſt, unum vel duos Epiſcopos cum cappellanis & presbyteris, qui hominibus peccata confitentibus judicare & indicare pœnitentiam poſſit (a). Nachdem aber die Biſchöfe Land und Leute mit den Regalien an ſich brachten, und dadurch natürlicher Weiſe in manche Streitigkeit verwickelt wurden, welche man in den mitlern Zeiten gemeiniglich mit den Degen ausmachte, ſo gebrauchten ſie auch denſelben öfters, führten Kriege, und ſetzten ſich an die Spitze der Ihrigen, wenn es zum Treffen kam. In BRUNONIS Saxonici belli Hiſtoria (b), lieſet man: Prælium incipitur fortiter, imo crudeliter ex utraque parte pugnatur, & hinc & inde fuit diverſus eventus pugnæ, fugiunt iſti, fugiunt illi, noſtri capiuntur, ſed eripiuntur, hoſtes interficiuntur. Ex noſtris itaque primi fecerunt fugam, *qui nunquam venire debuiſſent ad pugnam, Epiſcopi* ſcilicet -- Quos omnes, quod ſub religione nutriti, melius ſciebant pſalmos cantare, quam legiones armatas ad bellum diſponere, ſolo viſu præliantium verſos in fugam tanta multitudo ſequitur, ut Rex totum exercitum penitus fugæ ſe dediſſe arbitretur; und GRUBER führet in Originibus Livoniæ pag. 63. aus dem Cæſario Heiſterbacenſi folgende Worte eines Pariſiſchen Geiſtlichen an: Pene omnes Epiſcopi Alemanniæ habent gladium, ſpiritualem videlicet & materialem, & quia de ſanguine judicant, & bella exercent, magis eos ſollicitos eſſe oportet de ſtipendiis militum: quam de ſalute animarum ſibi commiſſarum. Selbſt die Könige forderten von den Prälaten Kriegesdienſte (c), worüber ſich Pabſt Paſchalis in einem Schreiben an den König Heinrich alſo beſchwerte: In veſtri regni partibus Epiſcopi vel Abbates adeo curis ſecularibus occupantur, ut comitatum aſſidue frequentare, & *militiam exercere cogantur*, quæ nimirum aut vix, aut nullo modo ſine rapinis, ſacrilegiis, incendiis aut homicidiis exhibetur. Miniſtri vero altaris, miniſtri curiæ facti ſunt, quia civitates, ducatus, marchionatus, monetas, turres, & cætera ad regni ſervitium pertinentia a Regibus acceperunt (d). Aber dieſes alles ändert die Sache nicht (e). In den Annalibus Corbejenſibus heiſſet es ad annum 1191: Wedechindus noſter in caſtris militi ſimilior, quam Prælato; und in dem Chronico Hildeſienſi: Poſt obitum Domini Hinrici de Brunſuic Dominus Papa providet de Epiſcopatu Hildeſemenſi cuidam venerabili & bono viro de ordine prædicatorum ſacræ theologiæ doctori, quem vulgariter vocabant Epiſcopum Johannem Schadelant, qui in principio introitus ſui requiſivit de libris divinis & legalibus prædeceſſorum. Tunc officiati curiæ oſtendebant ei loricas, clippeos & galeas dicentes, quod tales fuiſſent libri prædeceſſorum ſuorum (g). Der Römiſche König Richard ſchrieb 1257 an den Engliſchen Kronprinzen Eduard: Ecce!

geſchahe aber von den teutſchen Prälaten.

 quam

quam animoſos & bellicoſos Archi-Epiſcopos habemus in Alemannia; non multum vobis inutile reputantes, ſi tales in Anglia crearentur, quorum miniſterio uti poſſetis ſecure contra importunos rebellium veſtrorum incurſus (h).

(a) Monumenta Paderbornenſia p. 86. 88.

(b) Beym FREHERO Rer. Germ. p. 136.

(c) BALUZIUS in Notis ad Capitularia Tom. II. p. 605. 606.

(d) Udalrici Babenbergenſis Cod. apud. ECCARD in Corp. Hiſtor. Tom. II. pag. 271.

(e) Herr ESTOR de Miniſterialibus §. 295.

(f) LEIBNITZ Rer. Brunſuic. Tom. II. p. 309.

(g) Ibid. Tom. I. pag. 760.

(h) RYMER Act. Anglic. Tom. I. Part. II. pag. 26.

§. II.

Andere Geiſtliche waren in den mitlern Zeiten nicht lehnsfähig.

Aber eine andere Bewandniß hatte es mit den Geiſtlichen, die keine Lande und Leute, noch ſolche geiſtliche Güter beſaſſen, wovon Ritterdienſte geleiſtet werden muſten. Dieſe ſchlieſſet das Longobardiſche Lehnrecht von den Lehnen 2. feud. 21. alſo aus: Miles, qui beneficium tenebat, cum eſſet ſine liberis, venerabilem domum intravit, & ſeculo renunciando arma bellica depoſuit, habitumque religionis aſſumſit, & ſic converſus factus eſt. Hic donec vixerit, feudum retinere conatur, quod dominus vel agnatus ad ſe pertinere contendit. Sed iudicatum eſt, domini vel agnati conditionem eſſe potiorem, eo quod deſiit eſſe miles ſeculi, qui factus eſt miles Chriſti, nec beneficium pertinet ad eum, qui non debet gerere officium; und es heiſſet 2. feud. 26. §. 4.: Qui clericus efficitur, aut votum religionis aſſumit, hoc ipſo feudum amittit; Jmgleichen 2. feud. 30.: Ex hoc illud deſcendit, quod dicitur clericum nullo modo in beneficium paternum debere ſuccedere, etiamſi, poſtquam habitum religionis aſſumſerit, poſtpoſuerit; und bey dem Autore Vet. de Beneficiis §. 4.: Clerici & mulieres, ruſtici & mercatores, & jure carentes, & in fornicatione nati, & omnes, qui non ſunt ex homine militari, ex parte patris eorum & avi, jure carent beneficiali; auch im Sächſiſchen Lehnrecht: „Pfaffen und Frauen, Bauren und Kaufleute, und alle Rechtloſe, und die unehelich gebohren, die ſollen Lehnrechts darben (a).„ Denn dieſe Geiſtliche konn-

konnten nicht füglich ihr Amt abwarten, und den Lehndienſt leiſten. Deswegen wolten die Fürſten von Henneberg behaupten, daß ihr Vetter Henrich, als eine geiſtliche Perſon und geweiheter Epiſtoler und Prieſter, weltlicher Lehne nicht fähig ſey (b).

(a) LUNIGS Corp. Jur. Germ. Tom. I. p. 276.

(b) MULLERS Reichstags-Theatrum Part. I. p. 189.

§. III.

Wenn ſie keine beſondere lehnsherrliche Begnadigung ausbrachten.

Das Schwäbiſche Lehnrecht verordnet: „Iſt, daß ein Pfaf oder eine Frau des Reichsguth empfähet von dem Reich, das mögen ſie wohl zum Lehn haben, als ſie beyd von ritterlicher Art ſind. Ein jeglicher Pfaf der von ritterlicher Art iſt, der mag wohl behaben, zu ſeinem Leib Leben. Er mag es aber nicht hinleihen, noch anders nicht davon gethuen, dann mit des Herren Willen. Und hat ein Pfaf einen Bruder, und empfahet er ein Lehn mit dem Bruder, mit Lebens-Hand, und auch mit ihm im Nutz und Gewähr iſt, und ſterben ſie ohne Lehns-Erben, ihnen bleibet des Lebens Recht in dem Rechten, als hiebevor geſchrieben iſt (a).„ Hier wird nicht geſaget, daß der Lehnsherr den Geiſtlichen belehnen müſſe, ſondern daß er es thun könne. Um das Erbrecht zu erlangen, brachten demnach ſelbige lehnsherrliche Begnadigungen aus. Eine ſolche ertheilte Kayſer Carl IV. 1360 Rudolph Grafen von Lewenſtein folgendergeſtalt: „Wer daz Sache, daz der Edle Albrecht Grave zu Lewenſtein ſein Bruder on Manes Leibes-Erben abginge, daz denn die Herrſchaft von Lewenſtein, vnd waz derſelbe Albrecht von vns vnd dem Reich zu Lehen hat, an den Egenanten Rudolfen an alles Hindernuzz geuallen ſoll. Vnd wan er ein geiſtlich Mann und geweihet iſt, und ſolicher Lehen nicht behalten mag, ſo geben wir im einem Lehentrager, den Erwirdigen Albrecht Biſchof zu Wirczburg unſern lieben Fürſten vnd Andechtigen, vnd ſeine Nachkomen Biſchoue zu Wirczburg, die in Czeiten werden, daz ſie ym die egenante Lehen ſeine Liebetaze als Vormunde getruwlichen tragen ſullen, auch in ſulcher Beſcheidenheit, wann er abget vnd geſtirbet, daz denne dieſelben Lehen, wider an vns vnd daz Reich ſlechteelich geuallen (b).„ In Ermangelung ſolcher Conceſſionen ſind noch heutiges Tages an manchem Ort, und beſonders in Oeſterreich, die Geiſtliche nicht Lehnsfähig (c).

(a) LUNIG Corp. Jur. Feud. Germ. Tom. I. p. 328.

(b) GLAFEY Anecdota p. 277.

(c) BURGERMEISTER Cod. Dipl. equeſtr. Part. III. p. 646.

§. IV.

Heutiges Tages sind sie es in verschiedenen Ländern.

Andere Lehnsherren haben jedoch zu ältern und neuern Zeiten kein Bedenken getragen, alle Geiſtliche zur Lehnsſucceſſion zu laſſen. Es belehnten 1419 die Grafen von Ziegenhayn und Nidda Peter von Eiſenbach, Probſt zu Holtzkirchen mit dem Schloß Eiſenbach (a), und begehrte 1460 Ewalt Fuhlhaber Thumherr zu Maynz „daß der Abt zu Fulda mit denen von Todeswegen ſeines Bruders auf ihn erſtorbenen und gefallenen Lehnen ſeinen Bruder Heinzen Fulhaber begnaden wolle (b).„ Er ſetzte alſo auſſer Zweifel, daß ſie ihm gebührten. In der Churſächſiſchen Conſtitutione XXVIII. heiſſet es: „Daß die geiſtliche Perſonen aus der Lehngüter Succeßion nicht können noch ſollen ausgeſchloſſen werden, ſintemal ſie ihre Lehne durch andere Subſtituirte gegen den Lehnsherrn verdienen können, deſſen ſind unſere Verordnete einig (c).„ Das Kayſerl. Cammergericht hat die Geiſtliche im Stift Münſter zur Lehnsſucceßion gelaſſen (d). Auch in Niederſachſen geſchiehet es, und wo ſolches Herkommens, da kann keinem Catholiſchen Domherrn das Erbrecht an den Lehnen verſaget werden. Die Sache leidet überall keinen Zweifel, wenn ihm die Mitbelehnſchaft ertheilet worden, als welche des Lehnsherrn Einwilligung mit ſich führet, der allein, und nicht die Vettern, ein Recht zu widerſprechen hat.

(a) Herr B. von SENCKENBERG Select. Jur. & Hiſtor. Tom. V. p. 581.

(b) SCHANNAT Client. Fuld. p. 296.

(c) CARPZOV Parr. III. Conſt. 28. Def. 1. 2.

(d) Herr B. von CRAMER Obſerv. Jur.

§. V.

Zu Burgmännern werden dieſelbe aber in den Gan-Erbſchaften nicht aufgenommen.

Eine andere Bewandniß hat es mit den Burgmännern. Derſelben Rechte und Pflichten gründen ſich auf Verträge, in Gefolg deren ſie einander in Kriegen Hülfe leiſten, mithin pfänden, wehren, todtſchlagen, geleiten und Burghuth leiſten müſſen. Dieſes vermögen nur diejenige zu thun, welchen die Waffen zu führen erlaubet iſt. Den Domherren verbieten es die geiſtliche Rechte, und deswegen können ſie keine Burgmänner ſeyn. Daher denn auch bey der Burg Friedberg von je her ein Burgmann, der den geiſtlichen Stand angenommen, aus dem Regiment gelaſſen, nicht weiter beſchrieben, und ein anderer an ſeine Stelle erwählet worden. Auch wenn eines Burgmanns Sohn ſich aus dem geiſtlichen Stande in den weltlichen begeben, iſt derſelbe nicht ehe aufgenommen, bis er die Reſignation aller ſeiner Präbenden und des geiſtli-

chen

chen Standes hinlänglich dargethan. Dergleichen Verträge darf keine Obrigkeit ohne aller Intereſſenten Einwilligung ändern. Die Burg hat es daher auſſer Zweifel genehmiget, daß Dechant und Capitel zu Fulde 1357 von Kayſer Carl IV. zu Friedbergiſchen Burgleuten aufgenommen (a), und ihnen alſo erlaubet worden, die Kriegesdienſte durch andere zu leiſten.

(a) SCHANNAT d. l. p. 351.

CLXVII. Bedenken.

Die Appellation von einer in poſſeſſorio ordinario gefälleten Urtel hat Effectum ſuſpenſivum.

Nach den Römiſchen Rechten kann von einer in poſſeſſorio gefälleten Urtel nicht appelliret werden (a). Bey uns verſtattet man es. Jedoch wird in ſummariiſſimo deren Vollſtreckung dadurch nicht behindert. Königliche Juſtitzcanzley wieſe in Sachen der Bornemanniſchen Teſtamentserben wider die Erben ab inteſtato den Göttingiſchen Stadtmagiſtrat deswegen an, der eingewandten Appellation ohnerachtet, die auf den L. fin. C. de Edicto Divi Hadriani tollendo ſich gründende Teſtamentserben in den Beſitz der Verlaſſenſchaft zu ſetzen, und dabey zu manuteniren, bis ein anderes in petitorio oder Poſſeſſorio ordinario erkand worden, weil beſagtes Remedium einen executiviſchen Proceß erfordert (b), und ſummariiſſimum iſt, wenn kein legitimus contradictor fürhanden (c), maſſen allein darauf geſehen wird, ob ſich am letzten Willen ein augenſcheinlicher Mangel zeiget (d). Wer hingegen das Interdictum quorum bonorum gebrauchen will, muß den Richter von ſeinem Erbrecht überzeugen. Die Römiſche Rechte verſtatten nur alsdenn in poſſeſſorio keine Appellation, wenn das Erkenntniß der Parthey in petitorio unſchädlich iſt, maſſen es in L. un. C. Si de Momentanea poſſeſſione heiſſet: Ita tamen poſſeſſionis reformationem fieri oportet, ut integra omnis proprietatis cauſa ſervetur. Richtet aber jemand mit dem Interdicto quorum bonorum nichts aus, weil er nicht dargethan, der nächſte Erbe zu ſeyn, ſo erreichet derſelbe ſchwerlich mit der Hereditatis petitione ſeinen Endzweck (e). Vermöge der Chur-Braunſchweigiſchen Ober-Appellationsgerichtsordnung Part. II. Tit. I. §. 5. haben die Appellationes in cauſis momentanei poſſeſſorii, dabey Metus armorum vel violentiæ an beyden Seiten vorhanden, nur Effectum devolutivum; und die Calenbergiſche Canzleyordnung Tit. 31. §. 5. will gleichfalls, daß in cauſis ſummariiſſimi ſive momentanei poſſeſſorii die Appellationes entweder

gar

gar nicht verſtattet, oder doch dem Appellaten gegen Leiſtung gnugſamer Caution, die Executio, einen Weg wie den andern ertheilet werden ſoll. Indem dieſe Verordnung auf das Summariiſſimum eingeſchränket wird, erlaubet der Geſetzgeber die Appellationes in ordinario, und leget ihnen den Effectum ſuſpenſivum bey, maaſſen er ſie ſonſt überhaupt in cauſis poſſeſſoriis verboten hätte.

(a) L. un. C. ſi de Momentanea poſſeſſione fuerit appellatum. L. 6. C. quorum appellationes non recipiantur. BOEHMER de Executione pendente appellatione valide facienda C. 2. §. 26. und Tom. III. Part. III. Reſp. 720. n. 48.

(b) LEYSER Spec. 500. Med. 8.

(c) LUDOLF Obſ. For. 4 p. 25.

(d) VOET ad ff. Tit. Quorum bonorum §. 2.

(e) Appellari poteſt a ſententia plenarii poſſeſſorii, quia id cum petitorio in argumentis & probationibus ita eſt conjunctum, ut qui ſuccubuit in plenario, reparandæ cauſæ in petitorio ſi non nullam, ſaltem dubiam admodum ſpem ſit habiturus LUDOLF de Jure Camerali Sect. I. §. 14. n. II.

CLXVIII. Bedenken.

In welchen Münzſorten die ausgelobte Zinſen zu bezahlen ſind.

Wenn in den Verſchreibungen die Münzſorten nicht ausgedrücket ſind, mit welchen angeliehene Gelder zu verzinſen, ſo müſſen ſie von eben der Beſchaffenheit ſeyn, als der Hauptſtuhl (a), maſſen nach deſſen Verhältniß die Zinſe zu beſtimmen, und wäre es unbillig, wenn man demjenigen, der 1000 Rthlr. gute ⅔ Stücke hergeſchoſſen, anmuthen wolte, mit den Zinſen vorlieb zu nehmen, welche auf 1000 Rthlr. Münze entrichtet werden, die nach der innerlichen Güte nicht 500 Rthlr. werth ſind. Vielfältig aber nehmen es die Gläubiger ſo genau nicht, und vergnügen ſich mit Currentmünze, bevorab, wenn ſie ihr Geld nicht beſſer unterzubringen wiſſen. Der L. 5. C. de Uſuris verordnet: Adverſus creditorem uſuras majores ex ſtipulatu petentem, ſi probetur *per certos annos* minores poſtea conſecutus, utilis eſt pacti exceptio. Hier iſt die Rede von dem Fall, wenn geringere Zinſe entrichtet ſind, als der Schuldener verſprochen hat, und wird dafür gehalten, daß der Gläubiger ſich ſeines Rechts durch die Annehmung eines wenigern begebe (b). Es muß aber per certos annos geſchehen

ſchehen ſeyn; und dadurch verſtehet man gemeiniglich eine dreyjährige Friſt (c). Findet auch dieſes auſſer Zweifel Platz, wenn die Zinſen in ſchlechtern Münzſorten ohne Agio angenommen worden, als der Gläubiger fordern können (d). Die Königl. Hannöverſche Juſtitzcanzley erkandte daher den 9. Junii 1759. in Sachen von Reden wider von Görtz: „Nachdemmalen die Zinſe gemeiniglich in den Sorten, worin das Capital beleget, zu bezahlen ſind, ſo hat Beklagter die Zinſe qu. in $\frac{2}{3}$ Stücken zu berichtigen, oder binnen 4 wöchiger Präjudicialfriſt nach Empfangung dieſes anzurechnen, zu erweiſen, daß ſelbige vorhin in anderer Münze bezahlet ſind.„ Iſt aber eine dreyjährige Zahlung auch alsdenn nöthig, wenn die Obligation keine Münzſorte der Zinſen beſtimmet? Ich halte es nicht dafür. Denn die Obſervantia interpretativa erfordert nur einen einzigen Actum (e). Wohl eben ſo viel, und vielleicht mehre Gläubiger nehmen die Zinſe in kleiner Münze an, wenn ſie gleich grobe ausgeliehen haben. Iſt ſolches bey der erſten Zinszahlung ohne Widerſpruch und Vorbehalt geſchehen, ſo vermuthet man billig, daß kein mehres bedungen worden. Hat aber auch der Gläubiger ſich gefallen laſſen, Currentgeld anzunehmen, ſo iſt er jedoch nicht ſchuldig, ſich mit ſolcher kleinen Münze zu vergnügen, die ſchlechter ausgepräget worden, als diejenige, welche zur Zeit der ausgeſtellten Obligation im Gange war, und er bisher empfangen (f), maſſen derſelbe ſonſt weniger bekäme, als ihm verſprochen iſt.

(a) BOEHMER Tom. II. Part. I. Reſp. 440. n. 31. Reſp. 443. n. 1. LEYSER Spec. 243. Med. 3.

(b) NOODT de Foenore & Uſuris Lib. 3. C. 16.

(c) BERGER E. D. F. Tit. 50. Obſ. 3. Not. 3. p. 1665. HORN Claſſ. XI. Reſp. 89. p. 755. CRELL de Reditibus annuis leviori moneta ſolvendis p. 5.

(d) BERGER d. l. BOEHMER d. l. Reſp. 440. n. 34. Reſp. 443. n. 7. 8.

(e) BERGER O. J. Lib. I. Tit. I. §. 19. Not. 1. LINTZMAYR de Obſervantia C. 2. §. 11. 13.

(f) STRYK in Conſ. Hallenſ. Tom. I. Lib. 3. Conſ. 32. num. 39. HORN Claſſ. IV. Reſp. 13. num. 4.

CLXIX. Bedenken.

Die Unwiſſenheit der Rechte entſchuldiget die Verſäumniß der Fatalien in denjenigen Rechtshändeln der Bauren, worin ſie keine Advocaten zu gebrauchen pflegen.

Ich habe bereits im XLIX. Bedenken angemerket, daß die Bauersleute zu entſchuldigen ſind, wenn ſie wegen Unwiſſenheit der Rechte etwas ihnen Nachtheiliges thun oder laſſen, dafern das Geſchäfte ohne Zuziehung eines Rechtsgelehrten ausgerichtet zu werden pfleget. Von ſolcher Beſchaffenheit ſind nun ihre mehreſte Rechtshändel, wenn der Vorwurf von keiner ſo groſſen Wichtigkeit iſt, daß es rathſam, an deren Ausführung viel Geld zu wenden. Man kann den Bauren nicht anmuthen, bey allen entſtehenden Streitigkeiten aus den benachbarten Städten mit vielen Koſten einen Advocaten zu holen. Es geſchiehet auch ſelten, und ſie laſſen es gemeiniglich auf der Beamten Einſicht und Redlichkeit ankommen. Haben aber dieſe offenbar übel geſprochen, und ihr Spruch iſt rechtskräftig worden, ſo gedeihet den Beſchwerten billig Reſtitutio in integrum an (a), welche der Richter zu erkennen Urſach hat, wenn gleich darum nicht angeſuchet worden (b). Dieſes geſchahe von der Königl. Hannöverſchen Juſtitzcanzley 1760 in Sachen Hagedorn wider Ohagen.

(a) BOEHMER Tom. III. P. I. Reſp. 61. n. 7. P. II. Reſp. 183. n. 3. 4. JCTI HALLENSES Tom. II. Lib. 2. Reſp. 68. n. 8.

(b) MEVIUS Part. I. Dec. 134. n. 5. Dec. 218. n. 7. LUDOLF Obſ. For. 124. 346.

CLXX. Bedenken.

Von dem Juramento credulitatis.

Gewiſſenhafte Leute werden nicht ſelten beunruhiget, wenn man von denenſelben darüber einen Eid fordert, was ſie von Handlungen glauben, wovon ihnen keine gründliche Nachricht beywohnet. Es wolte in Sachen Scheele wider die Semlerſche Erben der Kläger behaupten, daß ihm ſeine Braut im Todtenbette eine Schenkung gethan. Weil keine Zeugen, die dieſes angehöret, fürhanden waren, ſo forderte er von den Erben einen Eid, daß ſie nicht glaubten, daß es geſchehen ſey. Dieſe verweigerten deſſen Leiſtung, und wurden

1758 von dem Hannöverſchen Stadtmagiſtrat und der Königl. Juſtitzcanzley davon freygeſprochen, weil denenſelben ohnmöglich bekand ſeyn konnte, was in ihrer Abweſenheit geredet worden, und wer nur zweifelt, billig nimmer zu ſolchem Eide gelaſſen werden ſolte (a). Wenn er aber glaubwürdige Nachrichten haben können, die ihn überzeugen, daß eine Sache geſchehen iſt oder nicht, ſo muß derſelbe wenigſtens ſchwören, wie er zweifle, daß die Sache angegebenermaſſen beſchaffen ſey (b). Die Königl. Hannöverſche Juſtitzcanzley erkandte daher 1760 in Sachen L. wider Z.: "Nachdemmalen, daß die Dienſte qu. für den Imploraten geleiſtet worden, des in Eid und Pflicht ſtehenden Gohgräven Zeugniß erweiſet, mithin es nur darauf ankömt, ob nach der franzöſiſchen Invaſion ſolche gehörig auf deſſen Hofe angeſaget, aber verweigert worden, und dieſes Implorat vermuthlich von ſeinem Bedienten in Erfahrung bringen kann, ſo iſt derſelbe, wenn die Imploranten zuförderſt das Juramentum calumniæ geleiſtet, den ihm deferirten Eid dahin abzuſchwören ſchuldig, wie er nicht glaube, daß ſolche Anſage und Verweigerung geſchehen, oder wenigſtens, daß er daran zweifle;" und in Sachen Hallmann wider Mahlſtedt: „Daß Beklagter den Reinigungseid dahin abzuſtatten habe, daß er nicht glaube, daß die 200 Rthlr. qu. auf ſeinem Hofe geſtohlen worden, oder dafern derſelbe, weil er ſich auſſer Landes befunden, und ihm die Seinige keinen hinlänglichen Unterricht von der Sache gegeben, ſolches vermögte, wenigſtens daß er daran zweifele, eidlich zu erhalten ſchuldig iſt."

(a) Herr Ober-Appellationsrath PUFENDORF Tom. II. Obſ. 152. REICHELIUS de Vera juramenti credulitatis natura & indole §. 10.

(b) Herr PUFENDORF d. l. BERGER E. D. F. p. 553. NAEVIUS de Juramentis Part. III. C. 12. §. 4.

CLXXI. Bedenken.

Von dem Unterhalt armer elternloſer Kinder.

§. 1.

Es iſt eine Pflicht der Obrigkeiten, Sorge zu tragen, daß elternloſe Kinder, denen es an dem nothwendigen Lebensunterhalt mangelt, damit verſehen, und ſolchergeſtalt erzogen werden, daß ſie dermaleins taugliche Glieder des gemeinen Weſens ſeyn können. Daß jene aber die dazu erforderte Koſten aus dem Ihrigen herzugeben ſchuldig, läſſet ſich aus dieſer Pflicht nicht folgern. Einer

Die Obrigkeit muß Sorge tragen, daß arme elternloſe Kinder ernähret werden.

Pp 2 jeden

jeden Obrigkeit lieget ob, zu verfügen, daß die Wege gebeſſert werden. Deswegen muthet ihr aber niemand an, es aus ihrem Beutel zu thun, wenn nicht ein beſonders Herkommen ſolches erfordert. Zwar muß ein Fürſt die zur Führung des Regiments nöthige Koſten aus den Cammergütern hergeben, wenn ſie dazu hinreichen, und dem Volk ſind dergleichen Laſten nur aufzulegen, dafern der Landesherr ſolche zu tragen nicht vermag. Ungewöhnliche neue gemeinnützliche Ausgaben übernehmen aber die Unterthanen gemeiniglich gerne, und zu dem Ende ſind Landſchaftliche Caſſen errichtet, woraus ſo manches hergeſchoſſen wird, um heilſame Einrichtungen zu machen, welche ſonſt unterblieben. Zu den Zeiten, als Teutſchland von Landſteuren wenig wuſte, bekümmerte man ſich um die elternloſe Kinder wenig, und lieſſe ihr Schickſal von der Barmherzigkeit anderer Menſchen abhangen, da denn ſonder Zweifel manches umkommen. Als demnächſt vernünftige Policeygeſetze dieſen Mangel verbeſſerten, war ihr Unterhalt keine hergebrachte Laſt der Landesherrlichen Cammer, und man hat bey uns bisher auch die Landſchaften damit nicht beſchweret, ſondern auf andere Weiſe ihre Verſorgung bewirket.

§. 11.

Von Fündelkindern.

Die Fündelkinder muß gemeiniglich derjenige unterhalten, dem die peinliche Gerichte zuſtehen, obwol ihn keine hinlängliche Gründe dazu verbinden (a). Deſſen Urſach ſoll ſeyn, daß vermöge der peinlichen Halsgerichtsordnung Art. 132. es vom Richter peinlich zu beſtrafen, wenn ein Weib ihr Kind, um deſſen los zu werden, von ſich leget, mithin ſoll dieſes Verbrechen ihn nöthigen zu veranſtalten, daß ſelbiges ernähret werde (b). Aber es iſt ein ganz unbündiger Schluß: Der Obrigkeit lieget ob, das Verbrechen der Mutter zu beſtrafen, deswegen muß ſie das Kind aus dem Ihrigen ernähren. Es wäre genug, wenn dieſelbe veranlaſſete, daß es von denjenigen geſchiehet, welche die zu Beförderung des gemeinen Beſtens nöthige Koſten herzugeben ſchuldig ſind.

Andere leiten dieſe Pflicht daher, daß dem peinlichen Richter die erbloſe Güter anfallen, woraus ſie folgern, daß er die Bürden der peinlichen Gerichte, mithin die Alimentation der Fündelkinder übernehmen müſſe (c). Es iſt aber auch ſolcher Schluß unrichtig. Denn die Fructus Jurisdictionis ſind 1) dem Richter der übernommenen groſſen Bemühung und Koſten halber beygeleget, welche die Handhabung der Gerechtigkeit erfordert, nicht aber, daß er alle aus dem Verbrechen entſtandene Schäden, und zwar auch ſolche vergüten ſolle, welche das gemeine Weſen billig übernehmen ſollte. Ferner 2) gehören nicht überall

die

die erbloſe Güter dem peinlichen Richter. In Sachſen werden ſie ihm zwar zu Theil (d), an den Orten aber, wo das Römiſche Recht, mit Abſchaffung des Sächſiſchen, eingeführet worden, dem Landesherrlichen Fiſco (e).

König Georg I. verordnete 1711, daß die Behuf Alimentirung der in den Fürſtenthümern Calenberg, Göttingen und Grubenhagen ſich findenden exponirten elterloſen-armen- und Ziegeunerkinder benöthigte Koſten zur Hälfte aus der Rentcammer und zur Hälfte aus der Cloſtercammer hergegeben werden ſollten (f), welches von denjenigen zu verſtehen iſt, die in den Königl. Aemtern gefunden worden. Denn die in den Gerichten der Landſaſſen aufgehobene müſſen ſelbige ernähren.

(a) BERLICH Part. I. Concl. 1. n. 14. CARPZOV Prax. Crim. Qu. 109. n. 45. FINKELTHAUS Obſ. 86. n. 46. SCHILTER Ex. 50. §. 3. BECK de Jurisdictione ſuperiore pag. 508. n. 5. HEINTZIUS de Eo quod juſtum eſt circa expoſitionem infantum p. 40. 41.

(b) MOELLER Semeſtr. Lib. 4. C. 45. n. 6. 7. 8. BERGER Elect. Jurisprud. Crim. p. 111.

(c) SCHILTER d. l. LEYSER Spec. 613. Med. 8.

(d) Sachſenſpiegel Lib. I. Art. 28. BERGER O. J. Lib. I. Tit. 2. §. 16. HEINECCIUS Elem. Jur. Germ. Lib. 2. §. 275.

(e) MEVIUS Part. IV. Dec. 66. STRYK V. M. ff. tit. de Jure Fiſci §. 3. SIMON de Bonis vacantibus Oper. Part. II. p. 799. COCCEIUS de Bonis vacantibus §. 11. 12. GRASS de Neglectis fiſci commodis C. I. §. 5. BOEHMER Tom. II. Reſp. 655. n. 11. ENGELBRECHT de Jurisdictione ſuperiori & inferiori S. II. M. 1. §. 12. KRESS in Spec. Jurisprud. Lib. 2. Tit. 20. §. 2. JARGOW von Regalien Lib. 2. Cap. 6. §. 2.

(f) Chur-Braunſchweigiſche Landesordnungen Cap. I. p. 976.

§. III.

Von andern unmündigen Wayſenkindern, zu deren Alimentation keine Mittel fürhanden, iſt 1721 verordnet, „daß wenn die Armencaſſe des Orts nicht zureichend iſt, ſolche Unkoſten zu ertragen, die Commune, Dorfſchaft, Gemeinde, oder, wenn auch dieſe des Vermögens nicht iſt, daß Kirchſpiel, worin die Kinder gebohren werden, zu treten, und unter der Direction der ordentlichen Von Wayſen.

Obrigkeit ihre Nebenanlagen, nach den gewöhnlichen Principiis, ſo weit erhöhen ſollen, daß daraus die determinirte Summe der Alimentationskoſten hergegeben werden könne (a).„

Auch die unehliche von den Eltern verlaſſene Kinder müſſen die Gemeinden unterhalten.

Es entſtunde die Frage: Ob ein uneheliches Kind, welches die Mutter in die Koſt verdungen, ſolche aber unbezahlt gelaſſen, und davon gelaufen war, den Fündlingen oder armen Waysenkindern beyzuzählen ſey? Man mögte das erſte dafür halten, weil die Verordnung von 1721 von Wayſen und keinen Hurenkindern handelt. Es werden aber unter dem Wort Wayſen auch unehliche Kinder begriffen, denen ſo wohl als den ehelichen, Vormündern zu beſtellen ſind, wenn ſie etwas im Vermögen haben (b). Die Barmherzigkeit und das gemeine Beſte erfordert, daß man auch dieſe ernähre. Sie ihrer Eltern Verbrechen büſſen zu laſſen, wäre unverantwortlich, und derſelben Erhaltung iſt dem Staat nützlich. Dieſe zu beſchaffen, ſtehet dem Gerichtsherrn in dem angeführten Fall nicht anzumuthen. Die Mutter hatte das Kind auf keine ſolche Art verlaſſen, daß es ums Leben kommen können, mithin war ſie nicht peinlich zu beſtrafen. Daher die Urſach hinwegfiele, welcherwegen der peinliche Richter ſich genöthiget ſiehet, Fündelkinder zu erhalten, folglich muß die Gemeinde ſolche Laſt übernehmen.

(a) Ibid. pag. 984.

(b) SCHROEB Inſt. Tut. & Curat. Part. I. Qu. 6. n. 7. Qu. 12. n. 7.

CLXXII. Bedenken.

Mit Bedienten und Advocaten errichtete Contracte kann einer dem andern aufkündigen, wenn nicht das Gegentheil ausdrücklich bedungen iſt.

Wie heutiges Tages durch das Wort Lohn die Belohnung derjenigen Dienſte verſtanden wird, welche Dienſtboten und Arbeitsleute empfangen, hingegen, was man mit dem Kopfe verdienet, ein Gehalt oder eine Beſoldung heiſſet, ſo nandten die Römer jenes Mercedem, und dieſes ein Honorarium oder Salarium. Mit den Advocaten hatte es die ſonderbare Bewandniß, daß ihnen der L. Cincia überall nicht erlaubte, von den Clienten das Mindeſte zu nehmen. Dieſer aber kam in Abgang, und die Advocaten lieſſen ſich ihre Arbeit bezahlen. Was denenſelben gereichet wurde, ſollte jedoch kein eigentlicher Lohn, ſondern eine

eine für die vom Sachwalter empfangene Wohlthat, bezeigte Erkentlichkeit ſeyn, welche daher ein Honorarium genant wurde. Wenn ſie es aber auf den guten Willen der Parthey nicht ankommen lieſſen, ſondern ſich ein gewiſſes Geld bedungen, ſo wurde dieſes Merces, ein Lohn genant, und heiſſet es in L. 1. §. 13. ff. de Extraordinariis cognitionibus: Divus Severus ab heredibus advocati, mortuo eo, prohibuit mercedem repetere, quia per ipſum non ſteterat, quo minus cauſam ageret. Der gelehrte BRUMMER ad L. Cinciam Cap. 6. num. 15. ſchreibet hievon: Ulpianus honorarium in mercedem vertit vitio advocati, qui inſtar mercenarii ante litem de honorario paciſcitur, quod etſi leges, ut minus malum majoris evitandi cauſa (ne ſcilicet de lite pactiones fiant) tolerent, honor tamen patrocinii, quem advocatus virtutis amans ſemper ſtudet illi conſervare poſtulat, ut id quod debetur, expectet potius quam præcipiat, vel caveat, quo modo ſanctiſſima illa res ſordidæ & quæſtuariæ nomen accepit. Die Dienſte, zu deren Ausrichtung Wiſſenſchaft erfordert wird, hält man auch pro locare non ſolitis, die nicht geſchätzet, ſondern nur mit Geſchenken vergolten werden können. Ich pflichte aber KRESSIO de Jure Officiorum & officialium pag. 32. 33. bey, wenn er alſo ſchreibet: Si rem ex vero naturali jure æſtimamus, nihil plane obſtat, quo minus locationem conductionem hic ſubeſſe dicas. Nam dicta de operis officialium, item de mercede, non ad rem ipſam, ſed tantum ad verborum ſchemata pertinent, nec aliter merces, ſtipendium, ſalarium, gentium jure, niſi nominis ſono differunt - - Quare nihil obſtat, quo minus aſſeramus, dominum conductoris, officialem operari mercenarii loco eſſe. Cum autem tempus certum regulariter præfinire moris non ſit, ſed indefinite cum officiali contrahi ſoleat, revera locatio conductio indefinita hic adeſt. Daß die Dienſte, welche mit dem Kopfe geleiſtet werden, unſchätzbar ſind, glaube ich nicht. Wie könnte ſonſt der Richter beſtimmen, was dem Advocaten gezahlet werden ſoll, dafern ſolches nicht verabredet iſt? Selbſt die Römer ſahen es, wie eben geſaget worden, als einen Lohn an, wenn dieſer ſich etwas Gewiſſes ausgedungen hatte. Man kann ſich auch keinen andern Begrif von der Sache machen, es wäre denn, daß er es von der Willkühr der Parthey abhangen lieſſe, was ſie ihm geben will. Die Beſoldungen der Bedienten ſind eben wenig Schenkungen, ſondern der Herr verſpricht ſie, mittelſt eines Contracts, für die geleiſtete Dienſte, und bey entſtandenem Concurs werden dieſelbe gleich dem Liedlohn vor andern Schulden bezahlet. Ich mache auch keinen Unterſcheid zwiſchen Bedienten, die ihres Herren Unterthanen ſind, und Fremden. Von jenen wird ſelten gefordert, daß ſie vermöge ihrer Unterthanenpflicht Bedienungen annehmen ſollen, ſondern der Landesherr errichtet mit ihnen einen ſolchen Contract, als mit Ausländern, und er ſtehet gegen beyde in gleicher

Ver-

Verbindlichkeit, auf eben die Weiſe, wie er einen Kauf- und Pachtcontract wörtlich erfüllen muß, der Verkäufer und Pächter ſey ſein Unterthan oder nicht. Beyde Theile können demnach einander aufkündigen, wenn nicht ſolcher Befugniß deutlich entſaget worden, als welches dem Weſen des Miethcontracts gemäß iſt. (a).

(a) Eſt de natura locationis, ut ſi temporalis. WEGE de Locatione & conductione Cap. 2. n. 70. Conf. STRAUCH de Præcario Cap. 5. §. 4.

CLXXIII. Bedenken.

Von Blutrunſten.

§. 1.

Von den Obergerichten wurden vor Alters vielfältig nur Todesſtrafen erkand.

Unſere Vorfahren ſtraften die gröſten Verbrechen mit Gelde, und wenige mit dem Tode oder am Leibe (a). Nachdem der Unterſcheid zwiſchen hohen und niedern Gerichten eingeführet worden, geſchahen alſo die Ahndungen der mehreſten Uebelthaten von den letztern (b). Wenn Könige, Fürſten und Herren jemanden die Gerichtbarkeit mittheilten, behielten ſie ſich vielfältig nur vor, die Todesſtrafe zu erkennen. Im Jahr 979 geſchahe es in einem dem Cloſter Möllenbeck von Kayſer Otten ertheilten Briefe alſo: Præſcriptis ſanctimonialibus indulſimus, ut uullus Comes, vel Judex publicus, aut aliqua potens perſona, homines præfatæ Eccleſiæ in ſuo judicio bannum eis imponendo, aut juſtitiam ab eis ullam aliquatenus exigendo, audeat inquietare, excepta ſolummodo lege illa, quam Advocatus Epiſcopi, qui præſidet eidem Eccleſiæ ſolito more ab eis ſolet repoſcere, & illa juris ſanctione, quod neceſſario *propter capitale crimen* in præſentia Ducis & Judicum ſolet finiri (c); und im Jahr 1074 in der Conceſſion, welche das Cloſter St. Nicolai von Biſchof Altmann zu Paſſau erlangte, mit folgenden Worten: Concedimus etiam ipſi Prapoſito, ut omnes cauſas vel quæſtiones circa homines ſuos extra civitatem emergentes ipſe vel ſui officiales per judicium debeant terminare, exceptis his tantum, *quæ mortem hominis exigunt*: in illis Judex noſter, quantum ad corpus poteſtatem judicandi habebit, ita ut bona perſonæ nocentis Eccleſiæ integraliter debeant remanere (d). In der Fundation des Cloſters Seittenſtedt von 1116 heiſſet es: Si aliquis *reus mortis* in prædiis Eccleſiæ invenitur, idem crimino ſus in habitu ſimplici, prout cingulo cingitur, eſt judici provinciali præſentandus, & ſecundum demeritum puniendus: rebus omnibus, mobilibus & immobilibus Abbati & Eccleſiæ remanentibus. Et quod nullus præfectorum

Judi-

Judicum, officialium quorumcunque, excepto *in cauſa mortis*, ſibi debeant jurisdictionem aliquam vindicare, ſed per Abbatem & ſuos officiales debeant omnia terminari (e); und in Herzogs Friedrich zu Oeſterreich Briefe von 1243: Judex noſter in Tulna, quicunque pro tempore fuerit conſtitutus, nullam in homines ipſorum (Præpoſiti, Decani & Conventus S. Ypoliti) Jurisdictionem habeat, ſed nec in prædiis ipſorum, niſi forte aliquis *morte condemnandus*, repertus fuerit in eisdem, quem tamen judex dicti loci propria ſibi auctoritate nullatenus uſurpabit, ſed, publicatis bonis damnandi, & retentis ad Eccleſiæ majorem utilitatem, illum, ſicut cingulo accinctus eſt, procurator dictæ Eccleſiæ dicti loci Judici aſſignabit (f). Im Jahr 1305 erlaubte Graf Henrich zu Gleichen Eberhardo de Molsleibin, daß er dem Cloſter Petri und Pauli einige Manſos verkaufen mögte cum Jurisdictione & diſtrictu pariter & honore, præſertim judicio ſanguinis excluſo, utpote, quod *capitales ſententias*, & ratione delicti ſeu criminis, nichil aliud, *quam mortem* poſtulat & requirit. In Königs Fridrich der Carthaus zu Mauerbach 1327 gegebenen Privilegio lieſet man: Item tradimus & reſervamus eidem monaſterio homines & colonos dictarum Eccleſiarum cum omnibus judiciis & emendis, in univerſis & ſingulis cauſis & caſibus, qui rebus & pecunia redimi poterunt & exſolvi. Si vero aliquis *reum ſe mortis fecerit* excedendo, officialis domus, ſeu is, qui a Priore prædicti Mauderbacenſis monaſterii judex inſtitutus fuerit, poſt juſtas querimonias juxta conſuetudinem terræ coram ſe factas, debet judicio, cui pertinuerit, ut comprehendatur, cingulo præſentare, rebus omnibus & poſſeſſionibus ipſorum reorum abſque omni contradictione remanentibus clauſtro integre & complete (h), und als Herzog Otto zu Braunſchweig dem Cloſter Hildewardshauſen 1318 die Villam Dimerde, ſchenkte, begab er ſich alles Rechts an derſelben, excepta ſolummodo capitali ſententia (i).

(a) VADIANUS de Collegiis monaſteriisque Germaniæ veteribus apud Goldaſt. Rer. Alaman. Tom. III. p. 9. LUDEWIG Script. Epiſcopatus Bambergenſis Vol. I. p. 1063. DITMARUS ad Tacitum de M. G. Cap. 12. HOFMANN de Origine, progreſſu & natura Jurisprudentiæ criminalis Germanicæ §. 35. & de Inſignioribus defectibus Jurisprudentiæ criminalis Germanicæ C. I. §. 15.

(b) LUDEWIG d. l.

(c) KUCHENBECKER Anal. Haſſiac. Collect. X. p. 390.

(d) HUND Metrop. Salisburg. Tom. II. p. 368.

 (e) PEZ

(e) Pez Rer. Auſtriac. Tom. II. p. 306.

(f) Duelii Exercepta Genealogico Hiſtorica p. 25. 26.

(g) Mencken Rer. Germ. Tom. I. p. 543.

(h) Pez d. l. p. 346.

(i) Herr Hofrath Scheid Codex diplomaticus p. 786.

§. II.

Oder einige grobe Verbrechen beſtrafet.

In andern Conceſſionen iſt dem ordentlichen Richter nur die Beſtrafung gewiſſer Verbrechen unterſaget. König Rudolf I. erlaubte 1277 dem Cloſter Minnepach die Exceſſus zu ahnden, excepto homicidio, furto ac oppreſſione virginum (a), und 1351 verkauften die Grafen von Habsburg ihrem Diener Johanſen von Bosmile die Gerichte zu Utendel *one allein* daß ſie ſich uf behaben hant, um die Todtſchläge zu richten (b). In Bayern nahm Herzog Otto 1183 von der dem Cloſter Scheftlarn ertheilten Poteſtate judicandi aus, tres exceſſus, ſcilicet pogentzbluot, notzogen, & furta (c); und in Herzog Ludewigs dem Cloſter Fürſtenfeld 1166 gegebenen Privilegio heiſſet es: Decernimus inſuper, ut nulli omnino judicum noſtrorum ſuper bonis & hominibus antedicti monaſterii, niſi in caſu tantum ſanguinis hic expreſſo, videlicet furto, homicidio & violentia, obpreſſione liceat aliquod judicium exercere, quod tamen ſic diſtinguimus, ut ſi de præmiſſis exceſſibus quis reus in bonis eccleſiæ reſidens fuerit deprehenſus, judex non de Monaſterii rebus mobilibus, ſed de perſona rei tantum juris judicium proſequatur (d); auch in dem Privilegio welches das Kloſter Fürſtencell 1276 von Herzog Henrich erlangte: Adjicimus etiam de gratia ſpeciali, ut proviſores dicti cœnobii de hominibus in ſuis præd is reſident bus quoad debita, aratas, vituperia, tractus gladiorum, & violentias quaſcunque, quæ perpetuam læſionem, quæ vulgo Lem dicitur, non inferunt, judicare valeant, noſtro ſuper his judice minime requiſito (e); und in der dem Cloſter Mosburg 1284 gegebenen Conceßion: Nos vero é converſo promiſimus pro nobis & heredibus noſtris, quod judices noſtri non debent de cætero ipſius Domini noſtri Epiſcopi Friſingenſis judices ſeu officiales impedire in judicio exercendo in poſſeſſionibus ſuis apud Aeutingen, ſed officiales & judices memorati Domini Epiſcopi judicabunt in poſſeſſionibus ſuis ibidem omnia, præter homicidium, furtum quodcunque, & violentas virginum & mulierum oppreſſiones, & legem Corneliam, in quantum pertinet ad fracturam hoſtiorum & domorum, & præter gravia vulnera ex gladiis & cultellis provenientia, deformitatem aut perpetuam læſionem, aut mutilationem, aut naſus, aut oculorum privatio-

privationem inducentia, quæ debent per noſtrum provincialem judicem judicari (f). Von ganz Bayern ſchreibet der Chur-Bayerſche Geheimte Canzler B. von KREITMAIR in den Anmerkungen über den Codicem Juris Bavarici Criminalis p. 5. 6: „Nachdem die Landſtände im Jahr 1311, mittelſt der Handfeſt Herzogs Otten, die Hofmarches oder Niedergerichtsbarkeit erhielten, ſo blieb jener nichts mehr zu beſtrafen übrig, als Diebſtahl, Todtſchlag und Nothzwang. Dieſe drey Fälle allein ſind in der Handfeſt ausgenommen per verba: Ohne der drey Gerichte die zum Todt ziehend, Teuf, Todtſchlag, Nottnunft und Straſſenraub um Teuf; wobey der Straßenraub effective ſchon unter dem Diebſtahl begriffen iſt, weil anſonſt nicht drey, ſondern vier Gerichte herauskommen.„ In dem 1305 zwiſchen den Herzogen von Meklenburg und der Stadt Wismar errichteten Vertrag iſt verſehen; Cæterum, ſi quid per maleficium in cauſa criminali perpetratum, ut videlicet pro incendio, furto, aut homicidio, rapina ſeu qualibet violentia profugi in dictam curiam noſtram pro defenſione ſe receperint, in ea pacis privilegio non utentur (g); und in einem Laudo von 1278 heiſſet es: Ordino, pronuncio & ſtatuo inter ipſos, ſic videlicet, quod Dominus Gerhardus de Ditze homicidia, furta, raptus & vulnera ſive ſanguinis effuſionem judicabit -- Dominus vero de Merinberg in omnibus aliis cauſis, actionibus & aliis quibuslibet, quæ judicialem indaginem reſpiciunt, judicium exercebit, præterquam in his, quæ dicto Domino Comiti ſupra adjudicata ſunt (h). Andere peinliche Richter hatten jedoch mehre Gewalt. In dem von König Albrecht Biſchof Johann zu Eichſtedt 1305 ertheilten Lehnbrief wird das Halsgericht alſo beſchrieben: Nos eidem juſto favore occurrere volentes, & ſpecialiter jurisdictionum ſeu jurisdictiones temporales, quæ vulgariter *Halsgericht* dicuntur ſive exercitium judicii & juſtitiæ ac gladii proprietatem ad animadvertendum in facinoroſos & malos in omnibus & ſingulis civitatibus, communionibus & oppidis ſuis & Eccleſiæ ſuæ per romanum imperium ubilibet conſtitutis, in quibus hæc hactenus habita ſunt & ſervata. Et ut idem Princeps noſter dilectus hujusmodi exercitium judicii & juſtitiæ & gladii proprietate, ut præmittitur, quam vulgaris elocutio den Bann nominare conſuevit, vel judicibus ſuis ſecularibus, omnium civitatum, munitionum, & oppidorum ſuorum ac prædiorum conferre ac committere debeat, & valeat prout & quoties fuerit opportunum, ſicut hæc omnia & ſingula a nobis & Sacro Romano Imperio tenet, ac de jure deſcendunt, in feudum damus, ipſumque inveſtimus, & etiam inveſtimus authoritate regia tenore præſentium de eisdem (i). In einem Briefe Landgraf Conrads von Thüringen, welcher dem Abt zu Breitenau 1231 ertheilet worden, heiſſet es: Omni etiam juri, quod in prefatis bonis jure advocatorio habuimus, judicio tantum nobis de effuſione ſanguinis & aliis criminalibus ad forum civile

vile pertinentibus plenarie reſervatis, conditione hujusmodi pro nobis & heredibus noſtris renunciavimus interjecta (k). Vielfältig wird das Judicium colli & manus, über Hals und Hand verliehen (l). LUDEWIG in Reliquis MSS. Tom. VIII. Præf. p. 6. machet hievon folgende Anmerkung: Eſt hæc formula judiciis medii ævi admodum ſolennis. Nam, poſt ultimum ſupplicium, manus amputatio conſtituit ſupremæ jurisdictionis limites: aliæ coercitiones, ob delicta leviora & debita, jurisdictioni inferiori reſervatæ. Unde ſatis conſtat, quod Latii leges in imperio mero & mixto parum aut nihil commune cum his patriæ habeant conſuetudinibus. Dieſes alles ſetzet auſſer Zweifel, daß der gelehrte Syndicus der Stadt Lübeck Herr DREYER de Uſu genuino juris Anglo-Saxonici p. 9. mit gutem Grunde ſchreibet: Subdubitaveris de fide ſententiæ, quæ criminalis & altæ jurisdictionis in Germania limites quatuor potiſſimum generatimque circumſcripſit criminibus, cædis, putā, ſtupri violenti, incendii, & rapinæ, edoctus ſiquidem ex vetuſtis tabulis rem rediiſſe ad pacta & voluntatem Principum hanc jurisdictionem in alios transferentium, adeoque univerſalem in hoc argumento regulam, in omni Germania olim & nunc obtinentem, extruere inutilis eſſe laboris.

(a) PEZ Theſaur. Anecd. Tom. VI. p. 132.

(b) HERRGOTT Genealog. Habsburg. Vol. II. p. 685.

(c) HUND Metrop Salisburg. Tom. III. p. 204.

(d) Ibid. Tom. II. p. 228.

(e) Ibid. p. 235.

(f) Ibid. p. 350.

(g) Herr B. von SENCKENBERG Selectt. Jur. Feud. & Hiſtor. Tom. II. p. 484.

(h) KUCHENBECKER Collect. II. p. 295.

(i) FALKENSTEIN in Cod. Dipl. Antiq. Nortgav. p. 128.

(k) SCHMINKENS Monimenta Haſſiaca Part. III. p. 253.

(l) WESTPHALEN Rer. Cimbr. Tom. II. p. 2093. 2282. HORN in der Handbibliothec von Sachſen p. 460.

§. III.

§. III.

Aus dem Angeführten erhellet, daß alle Verwundungen zu beſtrafen, dem peinlichen Richter nicht vorbehalten worden, ſondern vulnera gravia perpetuam læſionem inducentia. An andern Orten wird nur Effuſio ſanguinis erfordert. In Herzogs Ulrich von Cärnthen dem Biſchof zu Frieſingen Anno 1260 ertheilten Briefe geſchiehet es alſo: Si vero judicium exercendum fuerit de vulneribus, ſeu effuſione ſanguinis, quod blutiger Pfennig dicitur, Judex noſter cognoſcet de cauſa & judicabit, etiam emenda pro tali delicto debita remittetur ſolum ad manus Judicis noſtri, ſed ſolvetur Officiali Epiſcopi memorati, ita quod Judex noſter de emendis hujusmodi nihil ſibi audeat vendicare. In præmiſſis igitur caſibus, in quibus judicabit Judex noſter, vocabit etiam reos ad judicium, & de citatis tertio, & ob contumaciam ſe a Judicio abſentantibus, emendam ipſe Judex noſter accipiet & nil ultra (a). In einem Briefe von 1270 übertragen die Herren von Eppenſtein denen Grafen von Catzenelnbogen und Wertheim gewiſſe Güter, exceptis majoribus emendis ſive homicidiis perpetratis, Btutrunſt & hiis ſimilibus de quibus, ſibi in judiciis, quæ Landgerichte dicuntur ſuæ Comicie attinentibus ſatisfactio exhibebitur & emenda (b). Ich habe im §. II. ein Laudum von 1728 angeführet, vermöge deſſen der peinliche Richter Vulnera ſive ſanguinis effuſionem beurtheilen ſollte, und 1390 verfügte Graf Berthold von Henneberg, quod Canonici in Schmalkalden ſuæ Familiæ ſint Judices in cauſis civilibus & injuriarum, absque atrocium illatione vulnerum, juxta conſuetudinem Canonicorum Herbipolenſium hactenus obſervatam (c).

Und ſchwere Verwundungen.

(a) Meichelbeck Hiſtor. Friſing. Tom. II. p. 64.

(b) Joannis Spicileg. p. 292.

(c) Kuchenbecker d. l. Collect. I. p. 139.

§. IV.

Zu neuern Zeiten hat man die Beſtrafung aller derer, welche jemanden offene Wunden geſchlagen, dem peinlichen Richter vorbehalten. In einem zwiſchen dem Stift Eichſtedt und der Ober-Pfalz 1523 errichteten Vergleich heiſſet es: „Soll in das Halsgericht, Fraiſch und Oberkeit gehören alle und jede Maleſitzhändel mit ihren Anhängen, als Diebſtahl, freventlich Beſchuldigung deſſelben, Mord, Nothzwang, Brand, Räuberey und dergleichen, dabey auch flieſſender Wunden, Gelemben, Leibſchäden - - Dagegen ſoll dem Stift Eich-

Zu neuern Zeiten iſt die Beſtrafung aller geſchlagenen Wunden, nicht aber der Blutrünſte, vor die Obergerichte gezogen worden.

ſtedt verfolgen und zugehören, alle und jede Händel ſo die Fraiſch nit belangen, und dem mindern Gericht und Strafen anhängig ſeyn - - Druckenſchläg, die nit zu dem Leben oder Lehmung gedeuen, Raufen ꝛc. (a). „ Vermöge der Sächſiſchen Conſtitution von 1555 gehören in die Obergerichte „Strafen der Wunden, die offen, oder erſtlich Bäulen ſind, und darnach aufbrechen. Hingegen werden in den Erbgerichten gerüget, Schläge, die nicht tödtlich ſind, noch Lähmde bringen, daraus auch keine Wunde wird, als braun und blau, Naſenblut, Maulſchellen, Zahnbluten, ſo die nicht wackeln, auch andere Blutrunſten mit Nägeln gekratzet, oder ſonſten verletzet, daraus keine Wunde noch Lähmde erfolget (b). „ Andere jüngere Geſetzgeber haben eben dieſe Schranken der hohen und niedern Gerichte beſtimmet. In einer Proceßordnung, welche HEINECCIUS Reſp. 42. n. 8. angeführet, iſt verſehen, „daß alle Kämpfer Fleiſch- und offene Wunden zu den Obergerichten gehören, diejenige Schläge aber, daraus keine Wunde wird, als braun und blau, Naſenbluten, Maulſchellen, Zahnebluten, die nicht wackeln, Nagelkratzen und andere Blutrünſten und Verletzungen, daraus keine Wunde noch Lähme erfolget, vor die Erbgerichte gezogen werden ſollen. „ Vermöge Herzogs Julii zu Braunſchweig und Lüneburg Ordnung gehören in die Ober- und Halsgerichte, „Wunden, die offen oder ſonſt Beulen ſind, und darnach aufbrechen, und Wunden werden, in die Niedergerichte aber Schläge, die nicht tödtlich ſeyn, noch Lähmen bringen, darum auch keine Wunden wird, als braun und blau, Naſenbluten, Maulſtreiche, Zähnebluten, ſo die nicht wackeln, oder andern Blutrünſten mit Nageln gekratzet, oder ſonſt verletzet, dadurch keine Wunden oder Lähme erfolget ꝛc. „ Es iſt zwar zweifelhaft, ob, oder wenigſtens zu welcher Zeit, dieſe Verordnung gemachet worden. Man beobachtet ſelbige jedoch im Fürſtenthum Calenberg, und ſie iſt daher der neuen Samlung der Chur-Braunſchweig-Lüneburgiſchen Landesordnung und Geſetze Part. II. Cap. II. p. 663. einverleibet. Hindert auch nichts, daß SCHOTTELIUS de Singularibus & antiquis in Germania juribus C. 7. §. 8. ſchreibet, dubitari an obſervantia & uſus cum deſignatione ſpecifica ſemper congruat, weil eine und die andere Ausnahme von der Regul dieſe nicht aufhebet, und eines jeden Orts erweisliches beſonderes Herkommen durch dergleichen Geſetze nicht entkräftet wird, wie ich oben bemerket habe. Es kann auch der Richter durch die Verjährung ein mehrers Recht erlangen, als andern zuſtehet.

Aus dem angeführten erhellet, wie das Wort Blutrunſt in den mitlern Zeiten vielfältig Plagam cum fluore ſanguinis, mithin offene Wunden bedeutet hat

hat (c), daß es aber in den neuern Zeiten dieſen entgegen geſetzet, und daher die Blutrunſte von den Niedergerichten beſtrafet worden, mithin, daß WACHTER in Gloſſ. voc. Blutrunſt ganz recht ſchreibet: Blutrunſt fluor ſanguinis, blutrünſtig ſanguine ſtillans. Extant eo ſenſu blutruns & blutrunſig in jure prov. Alam. C. 179. 1. 2. 3. Refer ad Rinnen fluere, manere. Hodie dicitur de vulnere non ſanguinolento, ſanguine tamen ſuffuſo, & intra cutem coagulato a rinnen, coagulari.

(a) FALKENSTEIN d. l. pag. 322.

(b) CARPZOV Prax. crim. Qu. 109. n. 26. 27. 28.

(c) Herr PUFENDORF de Jurisdictione. HALTAUS in Gloſſ. voc. Blutronne.

§. V.

Die Gewalt der peinlichen Richter iſt merklich vergröſſert, nachdem die Geſetzgeber verordnet haben, daß manche Verbrechen mit dem Tode zu beſtrafen, welche ehemals mit Gelde gebüſſet wurden. LUDEWIG Script. Epiſc. Bambergenſ. Vol. I. p. 1073. vermeinet es ſey geſchehen, um die Obergerichte zu erweitern. Aber dieſe bringen dem Landesherrn ſchlechten Vortheil, und er könnte ſie allen Gerichtsherrn gönnen, wenn kein Mißbrauch zu fürchten wäre. Geldſtrafen, die vom Verbrechen abſchrecken, ſind von den wenigſten Uebelthätern zu erlangen, welche gemeiniglich dürftige Leute ſind, die Armuth und Faulheit zum Stehlen und Rauben veranlaſſet hat. Von ſolchen Einrichtungen, mittelſt derer die Verbrecher in der Gefangenſchaft zum Beſten des gemeinen Weſens arbeiten müſſen, wuſte man vor Zeiten in Teutſchland nichts, und daher bliebe keine andere als die Todesſtrafe übrig, um ſich böſer Menſchen zu entledigen, und andere ihres gleichen zu bewegen, ſich an den Exempeln der Strenge zu ſpiegeln. Die Einführung der Römiſchen Rechte truge aber auch ſehr viel dazu bey. Es iſt bereits oben bemerket, daß man dafür gehalten, unſere Kayſer wären des Juſtiniani Nachfolger im Reich, und deswegen hätten die Römiſche Geſetze in Teutſchland verbindliche Kraft. Die Verfaſſer der peinlichen Halsgerichtsordnung haben daher manches daraus genommen, und beziehen ſich vielfältig auf dieſelbe.

Warum die Gewalt der peinlichen Richter vergröſſert worden.

CLXXIV. Bedenken.

Es darf im Stift Hildesheim keiner Parthey die Verſchickung der Acten ohne erhebliche Urſachen verſaget werden.

§. I.

Die Reichsgeſetze erfordern die Verſchickung der Acten in Reviſionsſachen.

Selten überzeuget man den Richter, daß er geirret hat, und deswegen verbinden ihn die Geſetze, andere darüber erkennen zu laſſen, ob die Partheyen ſein gefälletes Urtel mit Fug anfechtet. Sie kann ſich nemlich mittelſt der Appellation an den Oberrichter wenden, und da dieſer in Sachen, deren Vorwurf nicht beträchtlich iſt, niemand Gehör verleihet, ſo mögen in den geringern diejenige, welche beſchweret zu ſeyn vermeinen, das Remedium reviſionis gebrauchen, und müſſen alsdenn auf ihr Begehren die Acten verſchicket werden, wie der Speyerſche Deputationsabſchied von 1600 §. 16. alſo verordnet: „Es ſoll aber den Unterthanen unbenommen ſeyn, ſondern freyſtehen, da ſie unter benanter Summa der 300 Reichsgülden, darvon nicht appelliret werden mag, ſich beſchweret zu ſeyn befinden, ſolche ihre Beſchwerde und Gravamina per viam Supplicationis an ihre ordentliche Oberkeit und Herrſchaften, in gebührender Zeit Rechtens anzubringen, welche auch ſchuldig ſeyn ſollen, dieſelbe anzunehmen, und per modum Reviſionis ex eisdem actis (es hätten dann die Partheyen etwas Neues fürzubringen, darüber ſie gehöret werden müſten, indem ihnen noch zween Sätz oder zwo Schriften weiter zu geſtatten wären) endlich zu entſcheiden, oder aber nach Gelegenheit einer jeden Sache, und da es von einer oder der andern Parthey begehret wird, und erhebliche Urſachen vorhanden wären, auf eine Univerſität, oder aber zweyen oder dreyen Rechtsgelehrten ad revidendum zu überſchicken;„ Und im Reichsabſchied von 1654 §. 113. heiſſet es: „Auf den Fall die Summa nicht appellabel, und den Effectum devolutivum an das Cammergericht nicht gehaben könnte, daß alsdann der Parthey ordentliche Obrigkeit, auf derſelben gebührendes Anſuchen und Begehren, die vollkommene Acta; vermöge des Reichs Deputationsabſchiedes de 1600, auf deren zuvor mit Zuziehung und in Gegenwart beyderſeits Partheyen oder die Gewalthaber fürgehende Inrotulation, (ohne nebenſeitige Recommendation) durch gewiſſe unpartheyiſche Rechtsgelehrte revidiren, oder auf unpartheyiſche Univerſität, oder anders Collegium juridicum zu ſchicken, um dero rechtliches Gutachten darüber zu erfordern, ſchuldig ſeyn.„ Wenn die Richter ſich weigern, dieſe Reichsgeſetze zu befolgen, ſo erkennen die Reichsgerichte wider ſie Mandata S. C. de non impediendo uti jure conſtitutionum imperii (a).

(a) Lyncker de Gravamine extrajudiciali Cap. 6. §. 32. n. 3. Herr B. von Cramer in den Wetzlariſchen Nebenſtunden Part. VIII. und Obſ. 36. Herr Moser in der Einleitung zum Reichshofraths-Proceß Part. I. C. 2. §. 48.

§. 11.

Die mehreſte Landesgeſetze erweitern dieſe Befugniß der Unterthanen, und erlauben ihnen auch in der erſten Inſtanz, die Acten verſchicken zu laſſen. Es geſchiehet in der Calenbergiſchen Canzleyordnung Tit. 28. §. 6. alſo: Und ob zwar, wann ein oder anderer Theil und Transmiſſion der Acten zeitig, und ehe dieſelbe zu referiren ausgeſtellet ſeyn, in einer dero Behuf abſonderlich eingereichten Schrift anhalten würde, wir geſchehen laſſen wollen, daß ſothane Verſchickung, Sumtibus petentis, verwilliget werde, und ergehen möge: Dafern jedoch unſere Fürſtl. Regierung würde befinden, daß die geſuchte Transmiſſio nur zum vorſetzlichen Aufenthalt angeſehen, ſo ſoll dieſelbe nicht zugelaſſen werden; Und die Celliſche Canzleyordnung will Art. 31., „daß wenn ein oder anderer Theil aus bewegenden Urſachen die Verſchickung der Acten ſuchte und begehrte, ihm dieſelbe nicht unbillig verſtattet werde.„ Im Stift Hildesheim verordnet der Landtagsabſchied von 1652 „daß niemanden Transmiſſio actorum, ſine juſta & ſufficienti cauſa, verweigert werden ſolle; und als gleichwol ſolches geſchahe, verwieſe es Churfürſt Maximilian Heinrich der Hildesheimſchen Regierung am 17 April 1682 folgendergeſtalt: Obwohl am 17., ſich gebühret gehabt, auf Anhalten der Partheyen in ihren Rechtsſachen, vermöge Reichsabſchieden und Churfürſtl. gnädigen Befehlig, Transmiſſionem actorum a impartiales JCtos zu verſtatten, ſo hat doch ſolches auf vielfältiges Sollicitiren nicht geſchehen wollen, ſondern, wenn es concediret würde, müſſen die Partheyen gleichſam als eine Gnadenſache anſehen.„ Hierüber beſchwerten ſich ferner die Landſtände in Gravaminibus communibus 1686 alſo: „Weilen auch 2) in jetzt angezogenen Landtagsabſchied beſagten Orts ausdrücklich enthalten, daß niemanden die geſuchte Transmiſſio actorum ohne erhebliche Urſachen von der Fürſtl. Regierung denegiret werden ſolle, und ſolches endlich dasjenige Mittel iſt, durch welches ein jeder ſich ohnpartheyiſchen Rechtens, und der Redreßirung des in proceſſu ihm etwa zugekommenen Präjudizes verſichern kann, ſo wird ſolches Landtages Schluſſes unverwandte Obſervanz, dienſtlich gebeten.„

Und viele Landesgeſetze auch in der erſten Inſtanz.

Und in Gravaminibus communibus de 1688: „Weilen dann 2) zu ſolchem Ende in dem Landtagsabſchiede de Anno 1652. §. 2. ausdrücklich enthalten, daß

niemanden die geſuchte Transmiſſio actorum ohne erhebliche Urſachen von der Fürſtlichen Regierung denegiret werden ſollte, und ſolches endlich das einige Mittel iſt, durch welches ein jeder ſich unpartheyiſchen Rechtens, und der Redreſſirung des ihm etwa zugekommenen Präjuditzes verſichern kann, gleichwohl aber ſolche denen litigirenden Partheyen unterm Vorwand jetztgedachten Landtagsabſchiedes je bisweilen vor der Hand abgeſchlagen, dagegen aber andern gerne verſtattet, und deswegen hin und wieder nicht geringe Querelen moviret werden, ſo werden Jhro Hochfürſtl. Gnaden unterthänigſt erſuchet, die gleichdurchgehende gnädigſte Verordnung dahin ergehen zu laſſen, daß niemanden die geſuchte Transmiſſio, unter was Schein das auch geſchehen könne, inmaſſen bey andern Gerichten bräuchlich, verſaget werde, ſondern einem jeden indiſtincte auf ſeine Koſten freygelaſſen ſeyn ſolle.„ Es verſichert auch Biſchof Jobſt Edmund 1700 in Reſolutione ad Gravamina Art. 9. ſeine Stände, „daß die Verſchickung der Acten ohne erhebliche Urſachen niemanden denegiret werden ſolle.„

§. III.

Es ſtehet nicht in der Hildesheimiſchen Richter Willkühr, ob ſie ſolche erkennen wollen.

Man hat jedoch nach ſolcher Zeit zu behaupten geſuchet, daß es in der Richter Willkühr ſtehe, ob ſie die Acten verſchicken wollten oder nicht, weil Churfürſt Maximilian Henrich am 14. Julii 1653 verordnet hat, „daß Canzler und Räthe, auch Hofrichter uud Aſſeſſores in eingeführten Appellationsſachen die Acten nicht verſchicken ſollen, es ſey denn Sache, daß dieſelbe es hochnothwendig ermeſſen (a), „auf welche Conſtitution ſich die Hofgerichtsordnung von 1730, Tit. 20. §. 3. beziehet.

Es redet aber 1) ſelbige nur von Appellationsſachen, und verordnet ganz ein anders von Leuterationsſachen alſo: „Jm Fall aber die Partheyen die Acta in ihren Leuterationsſachen, nachdem ſie vermöge der Ordnung inſtruiret, zu verſchicken begehren, ſoll ihnen, wofern die vorige Urtel von Canzler und Räthen oder Hofrichter und Aſſeſſoren begriffen und eröfnet worden, und in der Leuterungsinſtanz kein ſonderliches Bedenken fürhanden, daſſelbe unbenommen ſeyn.„

2) Konnte der Landesherr 1653 nicht einſeitig abändern, was 1652 durch einen Landtagsabſchied feſtgeſtellet worden, und das ſeinen Ständen gethane Verſprechen zurücknehmen.

Dieſes hat 3) Biſchof Jobſt Edmund anno 1700 wiederholet, und ein Gravamen abgeſtellet, welches ſo viele Klagen veranlaſſet hatte.

4) Heiſ-

4) Heiſſet es in der Hofgerichtsordnung am angeführten Ort alſo: „Begebe es ſich, daß ein oder anderer Theil Transmiſſionem actorum, bevor dieſelbe ad referendum ausgeſtellet ſind, ſuchen würde, ſo können wir doch gnädigſt geſchehen laſſen, daß ſolche Sumtibus petentis an eine nicht eximirte Juriſtenfacultät um Rechtsbelehrung verſchicket, und die Urtheile alſo eingeholet werden. Es ſoll gleichwol unſeren Hofrichter und Aſſeſſoren unbenommen ſeyn, wenn die Sache aus denen Landrechten und Gewohnheiten zu entſcheiden wäre, welche denen auswärtigen Rechtsgelehrten unbekand ſeyn mögten, die Verſchickung abzuſchlagen, und ſelbſt in loco zu ſprechen, maſſen wir uns desfals auf unſers Vorfahren an unſeren Hochſtift Hildesheim Churfürſten Maximilian Henrichen Hochſeel. Andenkens ſub dato Regensburg den 14. Julii 1653 ausgelaſſenes Patent und Conſtitution hiemit gnädigſt bezogen, und unſeren Hofrichter und Aſſeſſoren darauf feſtzuhalten angewieſen haben wollen.„ Da denn in die Augen fällt, daß die Conſtitution nur ſo fern beſtätiget iſt, als ſie dem Richter erlaubet, in Sachen, welche aus den Landrechten und Gewohnheiten zu entſcheiden ſind, die Transmiſſion zu verſagen. Weil aber auch dieſe Einſchränkung dem Landtagsabſchied von 1652 zuwider läuft, ſo haben Ritterſchaft und Städte des Hochſtifts Hildesheim derſelben unterm 7. December 1730 ſchriftlich widerſprochen. Es iſt auch in Sachen des Landdroſten von Steinberg auf Brüggen, wider die Chur-Cöllniſche Stift Hildesheimſche Regierung von Kayſerl. Cammergericht am 24. November 1738 ein Mandatum de concedendo leuterationem & transmittendis actis ad facultatem juridicam, nec non inhibitorium de non ulterius procedendo S. C. erkand, und mit Verwerfung desjenigen, ſo dawider eingewand worden, per paritoriam beſtätiget.

(a) Dieſe Verordnung findet ſich in LUDOLFS Obſerv. Part. III. Faſc. II. p. 316.

CLXXV. Bedenken.

Wer durch ſeine Betheurungen jemanden beweget, demjenigen Geld zu leihen, der keinen Credit verdienet, muß ihn ſchadlos halten, wenn er darum kömt.

Die Wittwe Schaaren gabe vor, daß als ſie ſich geweigert, dem Bremer 100 Rthlr. Geld zu leihen, der Voigt Lindemann ſie dazu, inſonderheit durch dieſe Worte beweget habe: Ich bin dafür, daß ſie es wieder kriegen kann.

Da nun das Capital im Concurs verlohren gangen, ſo forderte ſelbige von ihm Schadloshaltung. Der Beklagte wolte nicht geſtehen, daß ſeine Worte alſo gelautet, und ſchwören, wie ihm nimmer in den Sinn kommen, ſich für den Bremer bürglich einzulaſſen.

Nun übernimt derjenige, welcher einen andern beredet, Geld auszuleihen, dadurch keine Bürgſchaft (a), und wer des Schuldners Umſtände rühmet, giebet demſelben nur ein gutes Zeugniß, ohne ſich dadurch jemanden verbindlich zu machen (b); daher man ihn nur alsdenn belangen kann, wenn er, wider beſſer Wiſſen, durch ſein falſches Zeugniß den Gläubiger verleitet hat, demjenigen Credit zu geben, der ihn nicht verdiente (c).

Ganz anders aber iſt die Sache beſchaffen, wenn 1) jener es nicht bey dem bloſſen Rühmen gelaſſen, ſondern ſolche Worte gebrauchet hat, welche den Gläubiger auf die Gedanken gebracht, er wolle ihn ſchadlos halten, dafern nemlich derſelbe geäuſſert, es könne dem Schuldner das Geld auf ſeine Gefahr geliehen werden (d). Von gleicher Wirkung ſind nun die Worte: Ich bin dafür, daß ſie das Geld wieder kriegen kann; als welche ſo viel bedeuten: Ich ſtehe dafür ein, daß das Geld wieder bezahlet werden ſoll, auch in keinem andern Verſtande bey der Klägerin den mindeſten Eindruck machen, und ſie bewegen können, das verweigerte Anlehn herzugeben, maſſen Beklagter als ein Amts-Unterbedienter ihr ſonſt keine beträchtliche Hülfe zu verſichern vermogte. Es thut nichts zur Sache, ob er gewuſt, wozu ihm ſeine Worte verbindlich machten, ſondern iſt genug, daß die Klägerin daraus zu ſchlieſſen Urſach gehabt, er wolle ihre Schadloshaltung beſchaffen.

Dieſem tritt 2) hiebey, daß Beklagter in keine Abrede ſtellen kann, der Klägerin nachdrücklich zugeredet zu haben, daß ſie das Geld auf die vom Amt beſtätigte Verſchreibung hergeben mögte. Nun heiſſet es Inſt. Lib. 3. Tit. 27. §. 6.: Si otioſam pecuniam domi de habentem hortatus fuerit aliquis, ut rem aliquam emeres, vel eam crederes: quamvis non expediat eam tibi emiſſe vel crediſſe, non tamen tibi mandati tenetur. Et adeo hæc ita ſunt, ut quæſitum ſit, an mandavit tibi, ut pecuniam Titio foenerares? Sed obtinuit Sabini ſententia, obligatorium in hoc caſu eſſe mandatum; quia non aliter Titio crediſſes, quam tibi mandatum eſſet. Ein aus guter Meynung gegebener bloſſer Rath verbindet alſo zu nichts, wohl aber, wenn man in jemanden gedrungen, und ihn dadurch zu einer Sache beweget hat, die er ſonſt nimmer gethan hätte (e). Denn dieſem iſt

iſt wenigſtens beyzumeſſen, daß er den, der ſeinen Vorſtellungen Platz gegeben, glauben gemachet, er ſey von den Umſtänden des Schuldners gründlich unterrichtet, wenn ihm gleich deſſen groſſe Armuth unbekand geweſen. Sehr wohl ſchreibet VINNIUS über beſagten Textum alſo: Si cum Titius pecuniam mutuam a me peteret, nollem autem debitorem eum habere, quod ſuſpectæ mihi eſſent facultates ejus, tamen conſuluiſti & hortatus es, ut facerem, idoneum eum affirmans, hoc conſilium tuum inſtar mandati eſt, atque ex eo, ſi quid ſecus mihi evenerit, teneri te, eſt æquiſſimum propterea, quod hortantis & ſuadentis fidem ſecutus ſum omnino, teque ſuaſore & impulſore feci, quod alius nunquam feciſſem, quamvis ut facerem, tua non interfuit. Wenn ſich die Sache alſo verhält, wie die Klägerin angiebet, ſo entſcheiden dieſe Worte den Fall. Es iſt aber noch unerwieſen, wie des Beklagten Worte gelautet, und da jene durch die Eidesdelation ſolches darthun wollte, ſo wurde von Königl. Hannöverſcher Juſtitzcanzley 1760 Beklagten auferleget zu ſchwören, daß er, als die Klägerin ſich geweigert, dem Bremer das Geld zu leihen, ſie nicht dazu zu bewegen geſuchet, und in ſolcher Abſicht geſaget habe, er ſey davor, daß ſie das Geld wieder kriegen könnte.

(a) CARPZOV Part. II. Conſt. 18. Def. 1. n. 4. MEVIUS ad Jus Lubec. Part. III. Tit. 10. Art. 1. n. 9.

(b) L. 2. ff. de Proxeneticis NOODT in Probabilibus Lib. 4. Cap. 12. §. 24. LEYSER Spec. 182. Med. 2. Herr B. von CRAMER Opuſc. Tom. III. p. 206.

(c) L. 7. §. 10. L. 8. ff. de Dolo malo BECK de Eo quod juſtum eſt circa commendationem C. 2. §. 13. ITTIG de Falſo laudante ex dolo conveniendo, §. 16.

(d) CARPZOV d. l. Def. 24. n. 6. LYNCKER Dec. 976. WERNHER Part. VI. Obſ. 372. n. 2.

(e) BOEHMER ad Inſt. Lib. 3. Tit. 27. §. 6. Herr B. von CRAMER d. l.

CLXXVI. Bedenken.

Ein mit der förſtlichen Obrigkeit verſehener Landesherr kann die Eigenthümer des Gehölzes nicht behindern, daſſelbe zu theilen.

Um der verderblichen Holzverwüſtung, welche die Gemeinſchaft veranlaſſete, vorzubeugen, haben der Freyherr von Wrisberg zu Wrisbergholzen, der Herr von Rhöden zu Almſtedt, und verſchiedene Dorfſchaften, als Eigenthümer der im Stift Hildesheimſchen Amt Winzenburg belegenen Niederberge, ſelbige unter ſich vertheilet, dabey aber ausdrücklich bedungen, daß denen Fürſtlichen Forſtbedienten vor wie nach, nicht nur die bisherige Aufſicht über die Holzung, ſondern auch ihre Gebühren, und Anweiſungsgelder verbleiben ſollten. Obwohl nun dieſes gemeinnützliche auf die Verbeſſerung des Waldes abzielende, und keinem Dritten Nachtheil bringende Werk niemanden zu verhindern Urſach hatte, ſo iſt doch ſolches von der Chur-Cölniſchen Stift Hildesheimiſchen Hof-Cammer geſchehen, welche die Theilung caſſiret hat, und die gemachte Schnat durch den Oberförſter aushauen laſſen. Es iſt bereits oben im LI. Bedenken angemerket, daß die Holz- und Maſtgerechtigkeit der förſtlichen Obrigkeit nicht gemeiniglich anklebet, maſſen vermöge der letztern der Landesherr nur behindern kann, daß die Eigenthümer ihres Rechts mißbrauchen, und mit dem Holz übel haushalten. Den rechtmäßigen Gebrauch muß er ihnen aber geſtatten. Es lehret Krebs de Ligno & lapide Part. I. Claſſ. 4. Sect. 16. §. 17. n. 2. p. 215. ganz recht: Jus foreſtale, quoad ſylvæ dominum aliumve poſſeſſorem, ſaltem pertinet abuſum, non etiam ad uſum, in quo ne minimum ſylvæ dominus impediendus eſt; und Ludolf Part. I. Obſ. 104. §. 5.: Si ordinationes ſylvaticæ publicæ utilitatis cauſa ſunt conſtitutæ judiciali autoritate tuendæ: Si vero, quod fieri quandocunque non negaverim, eo fine ſint compoſitæ, ut proprietas ſylvæ ſenſim domino territorii adquiratur, moderandæ (a). Nun kommt denen Biſchöfen zu Hildesheim an den Niederbergen allein die Jurisdictio foreſtalis zu. Sie beſtellen daher Förſter, welche die Anweiſung des Holzes verrichten, und empfangen die Forſtwrugen. Ihnen gebühret aber kein Baum aus dem Walde, ſondern deſſen Eigenthum ſtehet allein denen von Adel, und den Dorfſchaften zu, welche Holzerben genennet werden. Dieſen muß man erlauben, von dem Ihrigen nach Willkühr zu diſponiren, wenn es forſtmäßig ohne Verwüſtung des Holzes geſchiehet. Es iſt aber ſo wenig erwieſen, als gläublich, daß die Theilung einige ſchädliche Wirkung haben werde. Vielmehr fällt in die Augen, wie ſie in der Abſicht geſchehen, um ſolche zu behindern, und daß dieſer Endzweck dadurch

durch erreichet werden könne. Ueber den böſen Haushalt der Fürſtl. Förſter war vielfältig bey der Stift-Hildesheimiſchen Regierung und Cammer Beſchwerde geführet, ohne daß dem Unweſen geſteuret, und dieſe Leute behindert wären, für Geld die ſchädlichſten Holzanweiſungen zu thun. Bey ſolchen Umſtänden ſuchte ein jeder Intereſſent ſo viel Holz zu bekommen, als nur möglich, weil es ſonſt ein anderer hinnahm, und man hoffete aus dem ganzen groſſen Gehölz vorerſt die Nothdurft zu erhalten. Wenn aber die Theilung geſchiehet, ſo läuft derjenige, welcher das Seinige nicht ſchonet, Gefahr Noth zu leiden, und wird dadurch zum guten Haushalt gezwungen. Da gemeinſame Aecker und Wieſen ohne des Landesherren Einwilligung getheilet werden mögen, warum ſollte denn dieſe bey der Theilung eines Waldes nöthig ſeyn, deſſen Eigenthum niemand, als den Theilenden zuſtehet.

Es wird auch fehlſam für einen Eingrif in das Jus foreſtale gehalten, daß die jedem Intereſſenten zugetheilte Hölzung mit Steinen bemerket worden. Die Grenzen der förſtlichen Obrigkeit zu beſtimmen, ſtehet zwar nur dem Landesherren zu. Ein jeder Unterthan kann aber Steine oder Pfähle um das Seinige ſetzen, damit er Streitigkeiten mit den Nachbaren vermeiden möge (b).

(a) LEYSER Jur. Georg. Lib. III. Cap. XI. num. 41. 43. ENGAU Elem. Jur. Germ. Lib. II. §. 215. Herr REINHARD de Jure foreſtali Germanorum Sect. II. §. 6. 7.

(b) CARPZOV Part. II. Conſt. 41. Def. 17. ESBACH ad Carpzov d. l. KREBS d. l. Part. II. Claſſ. 6. Sect. 4. §. 11. n. 6.

CLXXVII. Bedenken.

Die das landesherrliche Cameralintereſſe betreffende Rechtshändel ſind Juſtitzſachen, welche von den Gerichten des Landes zu entſcheiden, auch im Stift Hildesheim.

§. I.

Ueber das eben gemeldte Verfahren der Stift Hildesheimſchen Hofcammer klagte der Freyherr von Wrisberg, und belangte dieſelbe bey dem Stift Hildesheimſchen Hofgericht. Als aber dieſes ſein Amt verrichten, und eine Unterſuchung anſtellen wollte, zoge die Hofcammer deſſen Jurisdiction in Zweifel, und

Die das Landesherrliche Intereſſe betreffende Rechtshän-

del ſind von den Juſtiz-collegiis zu entſcheiden.

und bewegte den Landesherrn, ihm alle Erkentniß in dieſer Sache zu unterſagen. Der Freyherr von Wrisberg wandte ſich hierauf an das Kayſerl. Cammergericht, welches ihm auch oberrichterliche Hülfe verliehe, und wider die Stift Hildesheimſche Regierung ein Mandatum pœnale de non ingerendo ſe jurisdictioni fori præventi judicii provincialis aulici, nec impediendo curſum juſtitiæ lite coram illo judicio pedente, ſed caſſando mandatum ab incompetente latum S. C., wider die Stift Hildesheimſche Hofcammer aber ein Mandatum de lite coram judicio provinciali aulico pendente deſiſtendo ab omnibus turbationibus S. C. erkandte. Die dieſen Mandatis entgegen geſetzte Einwendungen ſuchen dasjenige zu widerlegen, womit ich meinem Unterricht von Regierungs- und Juſtizſachen behauptet zu haben vermeine, daß der Fürſtl. Cammer und Aemter Rechtshändel Juſtizſachen ſind, welche ſowohl vom Hofgericht, als von der Canzley zu Hildesheim, wie in den hieſigen Landen beurtheilet werden können. Die Stift-Hildesheimiſche Ritterſchaft trate dem Freyherrn von Wrisberg interveniendo bey, und ich habe für ſie die Feder geführet. Es wird mir daher niemand verdenken, daß ich meine Sätze zu vertheidigen, und die Schwäche der dagegen gemachten Einwendungen vor Augen zu legen ſuche, obwol ich jetzt keine Urſach habe, an dieſer Sache Theil zu nehmen. Deren Erörterung träget dazu etwas bey, daß man ſich von der jetzigen teutſchen Gerichtsverfaſſung rechte Begriffe mache. In der Hildesheimiſchen Hofgerichtsordnung Tit. 9. §. 2. heiſſet es: „Wenn wider unſere Beamte geklaget würde, daß ſie denen Clöſtern, von Adel, Städten, Gemeinden und andern Privatis, unter dem Vorwand des Landesfürſtl. Intereſſe, mit einer Oppreſſion wider die Rechte, Obſervanz und Ordnung beſchwerlich fielen, und ihnen Eintrag zu thun ſich unterfingen, ſo ſoll unſer Hofgericht darin anders nicht, als mit Zuziehung eines, oder, da es nöthig, mehrer von unſern Hof- und Cammerräthen (welche zu ſolcher Sachen rechtlicher Erörterung ihrer Pflichten hiemit losgeſprochen werden) verfahren, ſondern die Sachen genau unterſuchen, und da einiges in Rechten begründetes Intereſſe Principis vorhanden zu ſeyn befindlich, ſolches geſamter Hand getreulich beobachten, und in ſolchen Fällen jedesmal vorhero der Beamten Bericht darüber erfordern, und wenn ſolcher binnen anberahmter Zeit nicht einkäme, oder aber nicht zulänglich gehalten würde, ſollen die gebetene Prozeſſe erkand, und die Citirte die gebührende Exceptiones gerichtlich dawider einzubringen, zugelaſſen, auch demnächſt ſummarie darunter procediret werden. Was dann alſo mit Zuziehung eines oder mehrer beſagter unſerer Räthe in dergleichen Sachen decidiret und anbefohlen wird, dem ſollen unſere Beamten und ſonſt jedermänniglich, welche es concerniret, ohne einige Einrede und Aufenthalt gehorſamlich nachkommen, als lieb

ihnen

ihnen iſt, die in denen Mandatis einverleibende Strafe zu vermeiden, welche dann der Fiſcalis auf Maas und Weiſe, wie vorhin gedacht, beytreiben ſolle.„

§. II.

Dawider wird nun erſtlich eingewand, es rede dieſe Ordnung nur von den Beamten, und unterwerfe weder ſelbige, noch einiger Landtagsabſchied die Hofcammer dem Hofgericht.

Wenn gleich in dieſen nicht nur die Beamten, ſondern die Domanial-Cammern ſelbſt etwas verfüget haben.

Es iſt aber genug, daß dieſes vermöge Landtagsabſchiedes und der Landesfürſtl. Reſolutionen die über das Landesherrliche Intereſſe mit den Unterthanen entſtehende Streitigkeiten ohne Ausnahme entſcheiden ſoll. Ob die Fürſtl. Cammerräthe oder die Beamte unter dem Vorwand, ſolches Intereſſe zu befördern, jemand zu nahe treten, und alſo belanget werden, iſt etwas ganz Accidentales. Der Beamten geſchiehet nur deswegen Meldung, weil von ihnen die Oppreſſion gemeiniglich unternommen wird, maſſen denenſelbeh eigentlich oblieget, die Landesherrliche Rechte zu vertheidigen. Sie holen wol von den Cammern Verhaltungsbefehle ein. Verrichten aber die Actus ſelbſt, welche von ihnen als Vertheidigungsmittel, von andern aber als Eingriffe angeſehen werden. Solchergeſtalt hätte man nun auch in dieſer Sache verfahren ſollen. Die Cammer legte aber wider den Gebrauch unmittelbar Hand an, und lieſſe den Holzgeſchwornen ein bedrohliches Mandat publiciren, Kraft deſſen die geſchehene Holztheilung caſſiret, und alle gemachte Grenzen wieder aufgehoben ſeyn ſolten. Kann ſie dadurch die das Landesfürliche Intereſſe betreffende Sachen des Hofgerichts Jurisdiction entziehen, ſo ſtehet es in ihrem Vermögen, ſolches immer zu thun, mithin die Unterthanen um die in den Landesverträgen gegründete Electionem fori zu bringen. Es ſind alle Verordnungen und Verträge dergeſtalt zu erklären, daß ſie von den üblichen Rechten, ſo wenig als möglich, abweichen. Nun wird in Teutſchland kein Unterſcheid gemachet, ob die Beſchwerde von der Cammer, oder von den Beamten herrühret, ſondern ſowol der Cammer- als Amtsanwald muß das Verfahren vor den ordentlichen Gerichten rechtfertigen, wenn dadurch jemand beſchweret zu ſeyn vermeinet. Die Ingolſtadiſche Juriſtenfacultät bezeugte 1655, „daß in Bayern cauſæ camerales vor den Juſtizräthen gerechtfertiget, mithin nicht allein die Beamten, ſondern auch die Churfürſtl. Cammer ſelbſt des Churfürſtl. Hofraths Erkentniß erwarten müſſe (a).„ Deswegen iſt auch vom Kayſerl. Reichshofrath in Sachen Mecklenburgiſcher Ritter- und Landſchaft wider den Herrn Herzog von Mecklenburg am 19. October 1724 erkand, „daß wenn die Rentcammer wider die Ritter und Landſchaft zu klagen habe, ſol-

ches allein bey denen zu Adminiſtration der Juſtitz im Lande verordneten Fürſtlichen Judiciis, als bey der Juſtitzcanley oder aber bey dem Land- und Hofgericht anzubringen,,, und daſelbſt der Sache rechtlicher Erörterung zu gewärtigen habe (b); mithin entſcheidet auch das Hofgericht die Streitigkeiten, welche zwiſchen der Fürſtl. Rentcammer und den Landſaſſen entſtehen, und jene darf ſich nicht ſelber Recht ſprechen.

Daß endlich die gnädigſte Landesherren im Stift Hildesheim ihrer Cammer keine Exemtion von dem Hofgericht in dergleichen Fällen beylegen wollen, haben ſie auf das Deutlichſte zu erkennen gegeben. Churfürſt Maximilian Henrich willigte 1666 darin, daß dieſes Gericht mit Zuziehung ſeiner Räthe in den Sachen erkennen ſolle, wobey die Cammer intereſſiret iſt (c): und ein gleiches geſchahe von Sr. jetztregierenden Churfürſtl. Durchl. Clement Auguſten 1734 (d).

(a) Mein Unterricht von Regierungs- und Juſtitzſachen p. 86. 87.

(b) Ibid. pag. 132.

(c) Ibid. pag. 143.

(d) Ibid. pag. 162. 163. 164.

§. III.

Durch die Hildesheimſche Canzleyordnung von 1665 hat der Landtagsabſchied von 1652 nicht aufgehoben werden können.

Der zweyte Einwurf iſt nicht beſſer gegründet. Man vermeinet, es erkläre die Canzleyordnung von 1665 Art. 13. den Landtagsabſchied von 1652, und gebe zu erkennen, daß die, die Jurisdiction, Jagden und dergleichen zum Vorwurf habende Streitigkeiten Regierungsſachen ſind, weil der Canzley erlaubet worden, Land und Obrigkeit, Regalia und Politica betreffende Sachen, vom Hofgericht zu avociren. Da aber 1) der Landtagsabſchied ein zwiſchen dem Landesherrn und ſeinen Ständen errichteter Vertrag iſt, ſo kann ihn jener nicht nach ſeiner Willkühr einſeitig erklären. Er hat dieſen in contentioſis ohne Ausnahme Electionem fori zu gönnen verſprochen, und der Canzley ſind nur die Regierungsſachen privative vorbehalten. Hätte derſelbe nun nach der Zeit, Sachen, die ihrer Natur und Eigenſchaft nach contentiös, und keine Regierungsſachen ſind, der Hofgerichts-Jurisdiction entzogen, ſo hätte er ſeinem gethanen Verſprechen zuwider gehandelt, welches die göttliche und menſchliche Rechte nicht erlauben. Sehr wohl ſchreibet davon Herr Helfreich de Jurisprudentia Principum ordinumque S. R. I. G. privata §. 24.: Communi fere Germaniæ uſu

undi-

undique conſtat, Principes cum ſubitis ſuis litigantes in cauſis ipſorum intereſſe attingentibus præſertim patrimonialibus, imo & fiſcalibus, ubi dominii potius, quam imperii quæſtio vertitur, ſponte ſua non illorum tantum Tribunalium atque judiciorum ordini ſemet per procuratores ſubmittere, in quibus ſubditis alias jus dici conſuevit, ſed & eodem plane cum illis jure ſeſe judicari pati. Quod vel tum nullum amplius dubium habet, ubi valida ipſos inter ſubditosque ac ſtatus provinciales pacta deſuper inita in medio ſunt, quippe quæ robur ſuum ex ipſo divino naturæ jure foenerantur, & per pacem Weſtphalicam ſunt firmata; und Herr Moser de Jure Statuum Imperii circa ſuos conſiliarios §. 29.: Quatenus jurisdictio collegiorum a ſolo Principe procedit, eatenus ejus quoque ſolius eſt dirimere lites inter ipſa ejusmodi collegio exorientes ſuper limitibus poteſtatis unicuique collegia competentis. Ubi vero ligatas circa collegia manus habet Princeps, poteſt accidere, ut, emergentibus ejusmodi controverſiis, in conſilium adhibendum ſit ipſum Capitulum, vel ſtatus provinciales.

Es hat aber auch 2) der gerechteſte Churfürſt Maximilian Henrich ſich nimmer in den Sinn kommen laſſen, ſein gethanes Verſprechen zurück zu nehmen. Wäre bey Verfaſſung der Canzleyordnung 1665 ſeine Abſicht dahin gangen, wie hätte er denn in dem gleich darauf folgenden Jahre 1666 verordnen können, welchergeſtalt das Hofgericht in den Sachen verfahren ſolle, wobey ſeine Cammer intereßiret iſt? Selbiger giebet in der Canzleyordnung Art. 13. auf das deutlichſte zu erkennen, wie er keinesweges die Gerichtbarkeit des Hofgerichts auſſerordentlich einſchränken wollen, indem er der Canzley nur erlaubet, von dem Official- und Hofgericht, oder andern geiſt- und weltlichen Gerichten zu avociren, „Land- und Obrigkeit, Regalia und Politica, auch Lehn und dergleichen betreffende Sachen, darin ihrer Eigenſchaft und Qualität nach, der Official und anderer Unterrichter keine abſolutam cognitionem haben.“ Daß aber in den das Landesherrliche Intereſſe betreffenden Sachen ihrer Eigenſchaft und Qualität nach ſo wohl das Hofgericht, als die Canzley erkennen mag, iſt überflüſſig dargethan, und wenn einigen wenigen Hofgerichten ſolches nicht erlaubet wird; ſo verhindert ſolches keinesweges die Natur der Sache, ſondern auſſerordentliche Geſetze und Verträge, welche eine Exceptionem a regula machen. Noch Churfürſt Maximilian Henrich ſolches thun wollen.

Vor die Regierungen gehören freylich die Streitigkeiten, ſo über das Territorialrecht entſtanden, jedoch nur ſo fern, daß ſie die Vertheidigung der landesherrlichen Gerechtſamen ſich müſſen angelegen ſeyn laſſen. Hoheitsrechte, deren kein Unterthan, als Unterthan, fähig, nennen viele Rechtslehrer Regalien,

lien, und ſetzen ſie den Jurisdictionen und andern Befugniſſen entgegen, womit die Landſaſſen vielfältig verſehen ſind (a). In dieſem Verſtande hat Churfürſt Maximilian Henrich das Wort Regalia genommen, und beſage der Canzleyordnung Art. 14. mit Recht dafür gehalten, daß deren Art und Eigenſchaft nach keinem Juſtitzcollegio darüber einige Cognition zuſtehe; dahingegen dieſes Geſetz ein offenbar fehlſames Suppoſitum veranlaſſet hätte, wenn der Durchl. Geſetzgeber dafür gehalten, es könnten die Jurisdiction und Jagdſtreitigkeiten, welche zwiſchen ihm und ſeinen Unterthanen entſtanden, ihrer Art und Eigenſchaft nach, nicht ſo wohl vom Hofgericht, als von der Regierung entſchieden werden.

(a) STEPHANI de Jurisdictione Lib. 2. Part. 1. C. 7. n. 25. 26. KNICHEN de Jure Territorii C. 1. n. 1090. BOCERUS de Regalibus C. 2. n. 145. ZIEGLER de juribus majeſtaticis Lib. I. C. 3. §. 28.

§. IV.

In Sachen, die ihrer Eigenſchaft nach für die Cammer gehören, darf kein Gericht etwas verfügen; Dieſen aber ſind die Proceßſachen, welche das Intereſſe Camerae betreffen, nicht beyzuzählen.

Hierwider hindert drittens nichts, daß ſelbſt Ritterſchaft und Städte 1669 die Cammerſachen von des Hofgerichts Erkenntniß ausgenommen haben. Denn dieſe ſind ſo wenig, als Regierungsſachen gerichtliche Händel, ſondern man verſtehet dadurch diejenige Geſchäfte, welche von dem Cammercollegio zu erörtern, und durch deſſen Verfügungen abzuthun ſind. Im Stift Hildesheim war die Beſorgung der Cammerſachen, damals Männern aufgegeben, welche zugleich in der Regierung Sitz hatten. Deswegen heiſſet es in der Canzleyordnung Art. 6.: Sonſten ſoll ordinarie Nachmittags, auſſerhalb unſerer Cammer (wo ſelbſten Vor- und Nachmittag, ſo lang als einige Regiſtra zu examiniren übrig, fortzufahren) kein Rath gehalten werden, es würde denn von unſern Stadthalter, Canzler, Vicecanzler ſonderlich angeſaget, alsdenn ein jeder zu erſcheinen ſchuldig." Gleichwie nun, um den Mißbrauch der concurrentis jurisdictionis zu behindern, dem Hofgericht die Regierungsſachen ausdrücklich entzogen ſind, ſo iſt auch billig bedungen, daß es ſich in Cammerſachen nicht miſchen, und z. E. darüber erkennen ſolle, ob Titio oder Cajo ein Fürſtl. Krug einzuthun, oder wie die Baulebung und der Weinkauf behandelt werde. Ritterſchaft und Städte genehmigten ſolches; hängten aber beſagte Protocolli vom 16. December ihrer Erklärung die Worte an: „Der Beamten halber könnte ein Gewiſſes verabredet werden," und begaben ſich alſo desjenigen keinesweges, was von der Erkenntniß in denen das Landesfürſtl. Intereſſe betreffenden Sachen vorhin beliebet war. Denn daß von dieſen die Rede geweſen, erhellet aus

der

der Propoſition des Freyherrn von Frentz, welche dahin gienge, „es ſey von den Ständen Erinnerung geſchehen, wegen der Beamten, Lehn- und andern Sachen, dabey die Fürſtl. Cammer intereſſiret.„ Worauf ſich dasjenige beziehet, was der Ritterſchaft und Städte Syndicus von den Beamten antwortete. Man ſetzte voraus, die Oppreſſiones unter dem Prätext des Landesfürſtl. Intereſſe, wären von dieſen, nicht aber von der Cammer ſelbſt zu erwarten, und dachte auf nichts weniger, als daß man durch Vorwand, daß die letztere Hand angeleget hätte, um die Electionem fori gebracht werden könne.

§. V.

Churfürſt Maximilian Henrichs 1666 gethanes Erbieten ſetzet den Sinn des Landtagsabſchiedes von 1652 auſſer Zweifel.

Bey dem Churfürſtl. Reſcripto von 1666 wird viertens erinnert, es enthalte ſolches nur einen Vorſchlag, und das Protocoll von 1669 gebe zu erkennen, daß er nicht angenommen worden.

Auch dieſer Vorſchlag erweiſet aber den Willen des Landesherren, von welchem denen Ständen ſo viel nicht eingeräumet wäre, wenn er gewuſt, daß der Landtagsabſchied von 1652 einen andern Verſtand hätte, und unter denen darin gemeldeten Regierungsſachen, die ſeine Cammer und Aemter angehende Proceſſe begriffen wären.

Es iſt überdem ſo eben gezeiget, wie aus dem Protocoll von 1669 nichts weniger erhellet, als daß die Stände den Landesfürſtlichen Vorſchlag verworfen. Es wäre etwas unnatürliches, wenn ſie mit einem Wenigern zufrieden ſeyn wollen, als ihnen der Landesherr anbothe. Dieſer war willig, das Hofgericht in den Sachen, wobey die Cammer intereßiret, mit Zuziehung ſeiner Räthe, erkennen zu laſſen. Daß ſolches geſchehen möge, haben Ritterſchaft und Städte in den vorhergehenden und nachfolgenden Zeiten immer eifrigſt begehret. Wie iſt denn möglich zu glauben, daß ſie es 1669 verbeten, und nur von der Canzley beurtheilet ſeyn wollen?

§. VI.

Keine Hildesheimiſche Landesfürſtliche Reſolutiones entſcheiden den Rechtsſtreit wider das Hofgericht.

Es wird fünftens die Jurisdiction des Hildesheimiſchen Hofgerichts mit verſchiedenen Landesfürſtl. Reſcriptis beſtritten. Von Churfürſt Maximilian Henrich iſt keines fürhanden, welches der Stift Hildesheimiſchen Regierung das Wort redet, und dennoch kömt es auf die Erklärung ſeiner Worte lediglich an, weil mit ihm der Landtagsabſchied von 1652 errichtet worden. Er hat beſtändig die Willensmeynung geäuſſert, daß das Hofgericht in denen ſeiner Cammer Intereſſe betreffenden Sache erkennen ſollen.

Die Reſcripta Biſchof Jobſt Edmunds, welche den Ständen entgegen geſetzet werden, handeln von Brüchten- Lehn- Policey- und Meyerdingsſachen. Dieſe zu beurtheilen maſſet ſich das Hofgericht nicht an, und man überläſſet der Regierung die Policeyſachen, tam in ſtatuendo, quam conſervando & manutenendo, jedoch mit denen in den Rechten gegründeten Einſchränkungen, welche MEVIUS Part. III. Obſ. 154. und LUDOLF de Jure Camerali Sect. I. §. 14. Memb. I. n. 28. machen. Wenn daher jemand durch eine in Policeyſachen verfaſſete neue Ordnung wider die Landtagsabſchiede beſchweret wird, ſo kann man ihm den Weg Rechtens nicht ſperren, und hat kein Geſetzgeber die Gewalt ſolche Streitigkeiten zu entſcheiden. Ein jeder Richter mag auch darüber erkennen, welchergeſtalt zweifelhafte Streitigkeiten, der Polizeyordnung gemäß, zu entſcheiden ſind. Wiefern Brüchtenſachen vor die Regierung gehören, ſoll ſogleich im §. VII. gezeiget werden. Lehn- und Meyerdingsſachen haben ihr beſonderes Forum; und der Landesherr kann, gleich andern Ober- Lehns- und Meyerdingsherren, beſtimmen, durch welche Rechtsgelehrte er ſie entſcheiden laſſen will.

Churfürſtens Joſeph Clemens Cammerinſtruction von 1715 handelt überall von keinen die Cammer betreffenden Rechtshändeln. Denn ſonſt müſten auch ſolche nicht einmal der Regierung Erkenntniſſen unterworfen ſeyn, weil hochbeſagter Fürſt die Cammer nur ihm ſelbſt ſubordiniret wiſſen wollen.

Durch Sr. jetztregierenden Churfürſtl. Durchl. Clement Auguſts Reſolutiones von 1738, 1740 iſt der Streit veranlaſſet. Sie können ihn alſo in des Herrn eigener Sache nicht entſcheiden. Selbige ſind darauf gegründet, daß dem Hofgericht überall keine Gewalt in Fiscal- Domanial- Cameral- und Landſachen zuſtehe. Hierüber aber iſt 1) kein Streit, ſondern darüber, was eigentlich Fiscal- Domanial- Cammer- und Landſachen ſind, welches gedachte Reſcripta nicht beſtimmen. Da 2) die das landesherrliche Intereſſe betreffende Proceſſe ihrer Art und Eigenſchaft nach den Regierungsſachen nicht beyzuzählen, ſo kann ſie der Landesherr wider den Landtagsabſchied von 1652 nach Willkühr dazu keinesweges machen. So wenig die Reſcripta des Biſchofs Jobſt Edmund gegen die Stände etwas beweiſen, ſo ſehr beſtärken die Reſcripta Churfürſt Maximilian Henrichs und Clement Auguſts ihre Rechte, weil indem der Landesherr ſeinen Ständen dasjenige einräumet, was ſie als ein ihnen zuſtehendes Recht fordern, ein Vertrag errichtet wird, wovon niemand willkührlich zurücktreten kann; daher dann Se. Kayſerl. Majeſt. dem Herrn Herzog von Meck-

lenburg

lenburg 1724 unterſaget haben, wider die Fürſtl. Reſolutiones etwas zu verordnen (a).

(a) Merkwürdige Reichshofraths Concluſa Part. II. Concl. 115. n. 10.

§. VII.

Sechſtens ſoll die gegenwärtige als eine Brüchtenſache, nicht vor das Hofgericht gehören, weil man den Freyherrn von Wrisberg wegen der verletzten Fürſtlichen Forſtgerechtigkeit beſtrafet habe.

Des Hildesheimiſchen Adels Brüchtenſachen ſind der Regierung nicht vorbehalten

Die Hofgerichtsordnung nimt aber Tit. 9. §. 4. nur der Fürſtlichen Aemter Brüchtenſachen von dieſes Gerichts Erkentniß aus. Wenn nemlich bey den Landgerichten jemand liquider Verbrechen halber beſtrafet würde, und darüber Klage führen wollte, ſo muß er ſich an die Canzley wenden. Der Adel iſt dieſen Landgerichten überall nicht unterworfen. Entſtünde darüber ein Streit, ob dasjenige, was Landſaſſen zu thun berechtiget zu ſeyn vermeinen, ſtrafbar iſt? und die Cammer oder Beamte, welche ſie für competente Richter nicht erkennen, wollten dieſelbe deswegen ſtrafen, ſo können ſie bey den ordentlichen Landesgerichten Schutz ſuchen. Eine ſolche Beſtrafung vor rechtlich ausgemachter Sache iſt ein Factum nullo jure juſtificabile; daher, als ſich derſelben 1733 die Stift-Hildesheimiſche Regierung wider den Freyherrn von Söhlenthal anmaſſete, der Kayſerl. Reichshofrath ihr ſolches nachdrücklich unterſagte, und befahle, nicht Via facti, ſed juris zu verfahren, und die Acten, prævia ſufficienti cauſæ cognitione, zum Spruch Rechtens ad impartiales zu verſchicken, ein gleiches geſchahe von dem Kayſerl. Cammergericht 1728 und 1732, wie das Collegiatſtift St. Mauritii vor Hildesheim in 1000 Rthl. Strafe condemniret, und ſolche deswegen von ihm beygetrieben wurden, weil es einen todten Cörper aufheben, und das Nothgeding darüber halten laſſen.

§. VIII.

Man vermeinet ſiebendens, es reime ſich übel zuſammen, daß 1657 verabſcheidet ſey, was 1666 allererſt in Vorſchlag gebracht worden.

Die Hildesheimſche Landesfürſtl. Reſolutiones von 1657 und 1666 beſtehen wohl mit einander.

Wer aber die Declaration von 1657 und das Reſcriptum von 1666 (a) vergleichet, dem muß in die Augen fallen, daß das letztere etwas mehres enthält, als die erſtere. In jener wurde verordnet, daß wenn die Beamte jemand beſchwerten, das Hofgericht mit Zuziehung zweyer oder dreyer Fürſtl. Räthe ver-

fahren

fahren ſollte. In dieſen aber geſchahe, um allen Zweifel zu heben, nicht nur der Beamten, ſondern überdem der Fürſtl. Cammer Meldung, und man bedunge, daß nicht nur zwey oder drey aus den Fürſtl. Räthen, ſondern zugleich einige aus Mitteln der Cammer zur Erörterung der dieſelbe betreffenden Streitigkeiten gezogen werden ſollten. Eben dieſes erfordern Se. jetzt regierende Churfürſtl. Durchl. in der publicirten Hofgerichtsordnung, wodurch alle hierüber vorhin entſtandene Zweifel gehoben worden.

(a) Mein Unterricht von Regierungs- und Juſtitzſachen pag. 140. 141. 142. 143.

§. IX.

Die Obſervanz entkräftet den Hildesheimſchen Landtagsabſchied von 1652 und dieſelbigen zu folge ertheilte Landesfürſtl. Reſolutiones keineswegs.

Es wird achtens eingeworfen, das Hofgericht habe die Jurisdiction qu. nimmer geübet, und wenn ſolches von ihm unternommen worden, ſo ſey es jedesmal geahndet.

Man räumet alſo ein, daß die klagende Partheyen verſchiedentlich das Beneficium electionis fori gebrauchen wollen, und gründet ſich nur darin, daß es niemand dahin bringen können. Wäre dieſes an ſich in facto richtig, ſo relevirte dieſes gleichwohl nichts. Denn eine ſtillſchweigende Einwilligung iſt bekantermaſſen der Grund derjenigen Obſervanz, welche jemanden ein Recht mitzutheilen vermag. Daß es aber hier gänzlich daran fehlet, legen die beygebrachte Reſcripta und Reſolutiones handgreiflich vor Augen.

Zu Zeiten Churfürſt Maximilian Heinrichs behinderte die vieljährige Handlung über die Art und Weiſe, welchergeſtalt das Hofgericht in denen das landesherrliche Intereſſe betreffenden Sachen erkennen ſolle, daß der Landtagsabſchied und die Landesfürſtlichen Reſolutiones zur Wirklichkeit kamen. Immittelſt legen ſowohl dieſe, als das Anbringen der Stände vor Augen, wie man nicht gemeinet geweſen, dem Hofgericht die Jurisdiction qu. zu entziehen, mithin fällt alle Vermuthung hinweg, daß ſich die Landſtände des 1652 durch einen Vertrag erlangten Rechts begeben. Wie unter der Regierung des Biſchofs Jobſt Edmund ſolches eben wenig geſchehen, und die Jurisdiction in denen die Fürſtl. Cammer betreffende Sachen vom Hofgericht behauptet werden wollen, ergiebet das von der Stift-Hildesheimiſchen Regierung angeführte Reſcriptum vom 3. Oct. 1696. Sobald Churfürſt Joſeph Clemens die Regierung antrat, wurde 1715 in Gravaminibus politicis Art. 3. von den Ständen begehret, „daß die von Fürſtlicher Regierung dem Fürſtlichen Hofgericht vor und nach beſchehene Ein-

Eingriffe, in ſpecie in Sachen der Wittwe von Stopler zu Binder wider das Fürſtliche Amt Winzenburg, abgeſtellet, und beyden Judiciis ſich aller denen litigirenden Partheyen ſo gar ſchädlichen Colliſionum Jurisdictionis gänzlich zu enthalten, Landesfürſtlich aufgegeben werden möge.„ Da denn die Beſchwerde eben darin beruhete, daß das Fürſtl. Amt ſich des Hofgerichts Erkentniß nicht unterwerfen wollte. Dieſes Gravamen iſt zu Zeiten Ihro jetzt regierenden Churfürſtl. Durchl. bey allen Landtagen ſo oft wiederholet, bis es endlich 2) in Gefolg verſchiedener Vim pacti habender Landtagsreſolutionen, durch die Publication der Hofgerichtsordnung abgeſtellet worden. Daß aber dem ohngeachtet bis dieſe Stunde dergleichen Sachen gemeiniglich an die Regierung gebracht werden, rühret daher, weil ſelbige, ſo bald ſich jemand ans Hofgericht wendet, den beklagten Theil dawider in Schutz nimt, und eine Quæſtionem fori erreget, die dem Kläger alle Hofnung entziehet, die Hauptſache entſchieden zu ſehen. Bey welchen Umſtänden niemand mit Vernunft vom Hofgericht rechtliche Hülfe erwarten mag, ſo lange gegenwärtiger Streit dauret. Immittelſt können dieſe Eingriffe der Stift-Hildesheimiſchen Regierung unmöglich ein Recht mittheilen, da denenſelben von den Ständen beſtändig widerſprochen worden (a).

(a) Interrumpitur præſcriptio, ubi in comitiis ordines conqueruntur, & querelam ad Principem deferunt. WERNHER Part. IV. Obſ. 5. n. 120.

§. X.

Die widrige Verfügungen der Landesherren ſind in keine Rechtskraft getreten.

Man wendet zwar neundtens ein, es hätten die Stände wider die ihnen nachtheilige Reſolutiones kein Remedium juris ergriffen. Deſſen aber bedurfte es nicht, weil dergleichen Reſolutiones extrajudiciales in keine Rechtskraft treten, auch diejenige, welche man wider die Stände anführet, ein Gravamen continuum enthalten, wovon ſie zu aller Zeit appelliren, und darüber gerichtliche Klagen führen können.

§. XI.

Die Hildesheimſche Regierung iſt kein Auſtregalgericht.

Es iſt der Stift Hildesheimiſchen Regierung nicht genug, die das Landesherrliche Intereſſe betreffende Sachen der Erkentniß des Hofgerichts zu entziehen, ſondern ſie ſollen zehntens von niemand anders, als von ihr beurtheilet werden. Dieſelbe will ein Auſtregalgericht vorſtellen, und zwar deswegen, weil Biſchof Jobſt Edmund 1694 zu behaupten geſuchet, es finde keine Transmiſſio actorum Platz, wenn Canzler und Räthe nicht als Conſiliarii, ſondern als Judices auſtregales, ubi eſt electa perſonarum induſtria, das Gericht bekleiden.

In dieſer Reſolution wird aber 1) nicht geſaget, daß ſie jedesmal das Gericht bekleiden müſſen, wenn Sachen beurtheilet werden, die das Intereſſe Principis betreffen. Wie des Biſchofs Intention dahin keinesweges gangen, erhellet daher, weil er voraus ſetzet, eſſe electam perſonarum induſtriam. Denn wer iſt doch wohl verſichert, daß die Stift-Hildesheimſche Regierung immer mit Männern werde beſetzet ſeyn, auf deren Fleiß, Gelehrſamkeit und Unpartheylichkeit die ſtreitende Partheyen ein völliges Vertrauen ſetzen können? Die Landesfürſtl. Reſolution von 1694 handelt demnach von einem Fall, der ſeiner Art und Eigenſchaft nach für die Austräge gehöret. Wenn der Kläger alsdenn durch ſolche Landesfürſtliche Räthe beurtheilet werden ſoll, die er aus mehren in Vorſchlag gebrachten erwählet hat, ſo kann derſelbe freylich keine Transmiſſionem actorum begehren. Geſetzt aber 2) es hätte der Landesherr dafür gehalten, ſeine Unterthanen müſten ſich der Regierung, an ſtatt des Auſtregalgerichts, unterwerfen: ſollten wohl dieſe irrige Gedanken hinlänglich ſeyn, ſie um ihr Recht zu bringen? Wie ſelbige ſich die Reſolution von 1694 keinesweges gefallen laſſen, ſondern darauf beſtanden, daß in denen die Fürſtl. Lehn- und Rentcammer betreffenden Sachen den ſtreitigen Parteyen die Transmiſſio actorum nicht zu verſagen, erhellet aus ihrer dawider gethanen Vorſtellung. Selbſt die Hildesheimſche Cammer-Anwälde haben in ältern und neuern Zeiten begehret, daß die das Intereſſe Cameræ betreſſende Sachen nicht weniger von der Regierung, als vom Hofgericht an die Austräge verwieſen werden mögten, mithin verneinet, daß die Regierung ein Auſtregalgerichte ſey (a). Es läuft auch die Reſolution von 1694, wenn die Stift Hildesheimſche Regierung ihr den wahren Verſtand beyleget, den klaren Reichsgeſetzen und inſonderheit der Cammergerichtsordnung Part II. Tit. 4. entgegen, vermöge deren Unterthanen in ihren mit dem Landesherrn habenden Streitigkeiten die Beurtheilung ſeiner Räthe gar vermeiden, oder doch behindern können, daß diejenige, welche ihnen verdächtig ſind, ſich der Erkentniß unterziehen. Man muß entweder ſagen, daß im Stift Hildesheim die die Cammer und Aemter betreſſende Rechtshändel von den ordentlichen Gerichten zu entſcheiden ſind, weil es alſo von dem Landesherrn und ſeinen Ständen verglichen, oder daß die Sachen in Terminis conſtitutionum imperii verblieben. Erſteren Falls hat die Regierung keine mehre Gewalt, als das Hofgericht. Letztern Falls aber gehören die Sachen für keines der beyden Gerichte. Ein drittes, und daß allein die Regierung Judex competens ſey, kann nicht behauptet werden, ſo lange es an dem Beweis mangelt, daß die

Land=

Landſtände ſich ihres in der Cammergerichtsordnung und dem Landtagsabſchied von 1652 gegründeten Rechts begeben.

(a) Mein Unterricht von Regierungs- und Juſtitzſachen pag. 87. 88. 89. 90.

§. XII.

Endlich eilftens berufet man ſich auf den Landesfürſtlichen Ausſpruch. Es kann aber 1) die am 2. Auguſt 1732 ergangene Landesfürſtliche Inhibition unmöglich als eine in der Hofgerichtsordnung Tit. 9. §. 6. erforderte Deciſion angeſehen werden, weil ſie inaudita altera parte ergangen. Indem auch 2) die Stände geſchehen laſſen, daß beyde höhere Landesgerichte angewieſen worden, wenn die Jurisdiction zweifelhaft, oder ſonſt ein Conflictus jurisdictionis entſtünde, nach vergeblich verſuchter Güte, dem Landesherrn Bericht zu erſtatten, und deſſen Deciſion zu erwarten, haben ſie ſich des Recurſus an die höchſte Reichsgerichte keinesweges begeben, und verbindlich gemachet, es bey demjenigen ſchlechterdings zu laſſen, was der Landesherr verfügen würde: wie denn auch obangeführten nach, dieſe Sache an das Kayſerl. Cammergericht gediehen. Die Landesfürſtliche Deciſion entziehet den Partheyen den Recurs an die höchſte Reichsgerichte nicht.

CLXXVIII. Bedenken.

Wiefern derjenige, dem jemand alle ſeine Güter geſchenket hat, deſſen Schulden zu bezahlen verbunden iſt.

Ein Donatarius omnium bonorum iſt des Schenkers Erbe nicht, und alſo unverbunden, deſſen Schulden zu bezahlen (a), wenn nicht die Schenkung in der Abſicht geſchehen, künftige Gläubiger um das Ihrige zu bringen, welches keinesweges zu vermuthen (b), und daher von demjenigen, der ſich darin gründet, zu erweiſen iſt. Dieſes geſchiehet jedoch durch Muthmaſſungen (c); und man fordert von dem Cridario wohl den Reinigungseid (d). Die zur Zeit der Schenkung bereits gemachte Schulden müſſen aber allerdings, in Ermangelung anderer Güter, aus dem Geſchenkten abgeführet werden. Denn eine Donatio omnium bonorum iſt nur von demjenigen zu verſtehen, was einer zu verſchenken hat, nemlich was nach Abzug der Schulden ſeine iſt, cum bona intelligantur cujuscunque, quæ deducto ære alieno ſuperſunt (e). Daher PAULUS in L. 72. pr. ff. de Jure dotium behauptet, non plus eſſe in promiſſione bonorum, quam quod ſupereſt, deducto ære alieno; und es heiſſet in L. 12. ff. de Donationibus: Qui ex donatione ſe obligavit, ex reſcripto Divi Pii, in quantum facere poteſt, conve-

 nitur.

nitur. Sed enim id, quod creditoribus debetur, erit detrahendum (f). Eine andere Bewandniß hat es mit denen nach geſchehener Schenkung gemachten Schulden. Denn durch dieſe kann dem Donatario nicht entzogen werden, was er unwiderruflich an ſich gebracht (g). Die Königl. Hannöverſche Juſtitzcanzley hat in Sachen Schacht wider Meyer 1760 alſo erkand.

(a) FABER in Cod. Lib. 8. Tit. 36. Def. 5. CARPZOV Part. III. Conſt. 1. Def. 38. HERTIUS Vol. I. Reſp. 144. n. 5. BOEHMER Tom. III. Part. II. Dec. 444. n. 2.

(b) LYNCKER Vol. I. Reſp. 42. n. 28.

(c) ZIEGLER de Donationibus §. 34.

(d) BOEHMER Tom. II. Reſp. 986. n. 6. 7.

(e) L. 39. §. 1. ff. de Verborum Significationibus.

(f) L. 19. §. 1. ff. de Re judicata. BRUNNEMANN ad L. 12. de Donationibus n. 3. BOEHMER Tom. I. Part. II. Reſp. 124. n. 39.

(g) EABER d. l. VOET ad ff. Tit. de Donationibus §. 20.

CLXXIX. Bedenken.

Der Hauswirth darf dafür nicht einſtehen, wenn eine durch des Geſindes Verwahrloſung, ohne ſein Verſchulden, erregte Feuersbrunſt jemanden ſchadet.

In der Mühle zu Bothfeld entſtunde ein Feuer, welches ſie in die Aſche legte. Um ſolche wieder zu erbauen, forderte der Müller von der Gemeinde die Dienſte, welche ſelbige, dem Herkommen gemäß, bey einem ſolchen Bau zu leiſten ſchuldig. Sie wurden aber von ihr verweigert, weil der Brand vermuthlich durch den Mühlenknecht veranlaſſet ſey, der ins Dorf gegangen war, ohne das Feuer auf dem Heerd völlig auszulöſchen. Die mehreſte Feuersbrünſte entſtehen auch durch derjenigen Schuld, welche die Gebäude bewohnen (a), nicht aber durch des Herrn Nachläſſigkeit, der der Seinigen Verſehen zu büſſen keinesweges ſchuldig, wie der L. 11. ff. de Periculo & commodo rei venditæ alſo verordnet: Si vendita inſula combuſta eſſet, cum incendium ſine culpa fieri non poſſit, quid juris ſit? Reſpondit: quia ſine patrisfamilias culpa fieri poteſt, neque

ſi ſervorum negligentia factum eſſet, continuo dominus in culpa erit. Quamobrem, ſi venditor eam diligentiam adhibuiſſet in inſula cuſtodienda, quam debent homines frugi & diligentes præſtare, ſi quid accidiſſet, nihil ad eum pertinebit. Die Regul leidet alſo nur zwey Ausnahmen, nemlich in den Fällen, wenn 1) der Hausherr ſelbſt den Fleiß nicht angewand, womit gute Wirthe auf Feuer und Licht Acht zu haben pflegen (b), ſodann 2) wenn er Leute in den Dienſt genommen, von denen zu erwarten, daß ſie übel ausrichten würden, was ihren oblage (c). Da ſich 1) der Müller auſſer Landes befande, ſo konnte man demſelben ohnmöglich anmuthen, dafür zu ſorgen, daß das Feuer auf dem Heerde gebührend ausgelöſchet werde, und es war 2) unerwieſen, daß der Müllerknecht ein ſo nachläſſiger Menſch ſey, daß man ihn billig nicht in die Mühle ſetzen ſollen, weswegen die Gemeinde von der Königlichen Juſtitzcanzley 1760 ſchuldig erkand wurde, die Baufuhren zu leiſten.

(a) VINNIUS Select. Quæſt. Lib. I. C. 33. BERGER O. I. Lib. 3. Tit. 9. §. 12. not. 2.

(b) VINNIUS d. l. FABER in Rational. ad L. 11. ff. de Periculo & commodo rei venditæ.

(c) CARPZOV Part. IV. Conſt. 17. Def. 14. Conſt. 43. Def. 7. WEGE de Locatione & conductione Cap. 7. n. 52. 53. HERTIUS Vol. II. Dec. 562. n. 5.

CLXXX. Bedenken.

Die wider die Herzoge von Braunſchweig und Lüneburg, als Beſitzer des Stifts Hildesheim, von den Landes- und Reichsgerichten gefällete Utheile verbinden die Hildesheimiſche Biſchöffe.

Es iſt aus den teutſchen Geſchichten bekannt, daß, weil Biſchof Johann zu Hildesheim die Herzoge zu Braunſchweig 1519 befehdete, und deswegen von Kayſer Carl V. in die Reichsacht erkläret wurde, ihm beſagte Herzoge den gröſten Theil ſeines Stifts genommen, und darüber die Kayſerl. Belehnung erhalten haben, daß ſolches zu einem beſchwerlichen Rechtsſtreit beym Kayſerl. Cammergericht Anlaß gegeben, welcher 1643 gütlich verglichen, und Churfürſt Ferdinand zu Cölln, als Biſchofen zu Hildesheim, zwölf Aemter zurückgegeben worden. Währenden Braunſchweigiſchen Beſitzes ſind in dieſen Aemtern zwi-

ſchen dem Landesherrn und Unterthanen natürlicher weiſe Streitigkeiten entſtanden, welche durch die Landes-Dicaſteria und höchſte Reichsgerichte vielfältig entſchieden worden. Solches geſchahe auch in Sachen der Gevettern von Steinberg auf Bodenburg und Brüggen wider das Amt Winzenburg 1607 durch eine von Roſtock eingeholte Urtel, welche ſich beym LUDOLF Obſ. Tom. II. app. 1. p. 52. findet, von der der Amtanwald an das Kayſerl. Cammergericht appellirte. Als man Steinbergiſcher Seits daſelbſt eine Citation ad reaſſumendam litem ausbrachte, wurde Stiftiſcher Seits eingewand, „ es ſey reichskündig, und aus der Cammergerichtlichen Urtel von 1629 erſichtlich, daß die Herren Herzoge zu Braunſchweig Invaſores und Uſurpatores des gröſſern Stifts Hildesheim geweſen, auch qua tales zu deſſen Reſtitution condemniret worden, woraus ſich denn von ſelbſt ergebe, daß alles, was bey ihnen, oder ihren Gerichten wegen der Stift-Hildesheimiſchen Aemter und Unterthanen zur Zeit der Fehde ergangen oder geurtheilet worden, als ex capite incompetentiæ null und nichtig anzuſehen ſey, mithin keine Wirkung noch Verbindlichkeit nach ſich ziehen können. Es wäre auch die Kayſerl. Urtel durch den 1643 errichteten Hauptreceß keinesweges caſſiret, ſondern darin nur ſtipuliret, daß einzig und allein nur diejenige Urtheile, welche ſuper rebus privatorum, & eorum, qui jure privatorum cenſentur, bey fürgewährter Stiftsfehde ergangen ſind, ſalvo Jure tertii, bey völligen Kräften verbleiben, und ex capite incompetentiæ nicht angefochten werden ſolten. Nun hätte aber der zwiſchen denen von Steinberg und dem Fürſtl. Hildesheimiſchen Amt Winzenburg obgeſchwebte Proceß keine Res privatorum, aut eorum, qui jure privatorum cenſentur, ſondern einen Biſchof und deſſen Regalia betroffen, welcher, licet alias Princeps in contractibus regulariter utatur jure communi & privatorum, dahier gar nicht pro privato zu achten ſey. „ Wie iſt es aber möglich zu behaupten, daß die Herzoge von Braunſchweig und Lüneburg vermöge der Cameralurtel von 1629 als Invaſores und Uſurpatores des gröſſern Stifts Hildesheim anzuſehen ſind, da Churfürſt Ferdinand Biſchof zu Hildesheim und ſein Domcapitul dieſer Urtel ausdrücklich renunciiret haben? Denn es heiſſet in dem Braunſchweigiſchen Hauptreceß von 1643: „In ſpecie begeben wir der Churfürſt und Domcapitel uns, und renunciiren der bey dem päbſtlichen Stuhl zu Rom, Kayſerl. Hofe, Kayſerlichen Cammergericht, Churfürſtl. Collegio und ſonſt erhaltenen Proceſſen, Decreten, Sentenzien, Denunciatorialen, Executorialen, Monitorialen, der *anno* 1629 den 7. Decemb. publicirten Urtel, item dem Beneficio reſtitutionis in integrum und allen dem was uns und den Unſrigen zu ſtatten kommen könnte — — Immaſſen wir dieſe Trausaction auch Liti & Cauſæ geſchehene Renunciation reſp. dem Hochlöbl. Churfürſtlichen

Colle-

Collegio, Kayſerlichen Reichshofrath, Kayſerlichen Cammergericht, und, wo es ſonſt vonnöthen, in optima forma zu notificiren, hiemit uns erklären thun." Wer auch den Braunſchweigiſchen Hauptreceß lieſet, muß ſich überzeuget finden, daß er einen, dato aliquo & retento, errichteten Transact enthält, gleichwie auch ſelbiger von den paciscirenden Theilen Art. 2. 21. und an dem eben angeführten Ort alſo genannt wird. Geſetzt aber, man beſchuldigte das Durchl. Haus Braunſchweig und Lüneburg mit Fug einer Uſurpation, ſo beſtünde dennoch dasjenige, was ſelbiges als Richter, und zur Vertheidigung der Landesherrlichen Gerechtſame vorgenommen, mithin auch die Urtheile, welche es bey den ordentlichen Landesgerichten fällen laſſen, und diejenige, ſo wider daſſelbe bey den höchſten Reichsgerichten ergangen. Der holländiſche Präſident BYNCKERSHOEK lehret Quæſt. Jur. publ. Lib. 2. pag. 375.: Publice expedit, ut acta & pacta quorumcunque Principum habeantur rata, exceptis iis, quæ occupando vel defendendo impie imperio cauſam præbuerunt. Secundnm hæc in pleriſque Legibus ſub *titulo Cod. Theodoſ. de infirmandis his, quæ ſub tyrannis aut barbaris geſta ſunt*, non omnia injuſtorum Principum acta reſcinduntur, ſed ea duntaxat, quæ per ſolam injuriam conſtituta ſunt; und der Groscanzler von COCCEII Diſſ. de Regimine uſurpatoris rege ejecto §. 65. n. 9.: Omnis juſtitiæ adminiſtratio poſſeſſori neceſſario incumbit, unde valide ſententiam pronunciare poteſt. Hätte der Beſitzer des Landes etwas verſäumet, ſo mögte man zweifeln, ob es ſeinen Nachfolgern in der Regierung ſchade. Die Herzoge Julius und Heinrich Julius von Braunſchweig und Lüneburg vertheidigten aber die Gerechtſame der Aemter ſorgfältigſt, und räumten den Unterthanen ohne Noth nicht das mindeſte ein, ſondern nöthigten die mehreſte adeliche Landſaſſen zu ſolchen Vergleichen, wobey die Landesherrſchaft gewonnen, wie ich auch oben im CXI. Bedenken angemerket habe. Die von Steinberg lieſſen ſich dazu nicht bewegen, ſondern es auf des Richters Spruch ankommen. Die Sache wurde von beyden Theilen gründlich ausgeführet, und einer unpartheyiſchen Juriſtenfacultät Erkentniß übergeben, welche nicht in allen, jedoch in verſchiedenen Puncten für die von Steinberg den Ausſpruch thäte. Wäre es nicht die gröſte Unbilligkeit, wenn man dieſen Spruch, und den ganzen mühſamen und koſtbaren vieljährigen Proceß deswegen caſſiren wollte, weil die Kläger nicht von den Biſchöfen zu Hildesheim rechtliche Hülfe begehret, und dieſe die Acten an eine Juriſtenfacultät verſchicket haben, welche damals ganz unvermögend waren, ihnen die Gerechtigkeit zu handhaben? Gleichwohl muſte der entſtandene Streit entſchieden werden, und man konnte ſolches nicht verſchieben, bis die von den

Biſchö-

Biſchöfen von Hildesheim wider die Herzoge von Braunſchweig und Lüneburg eingeführte Klage ihre Endſchaft erreichet hatte.

Von niemand, als von der Fürſtlichen Braunſchweigiſchen Landesobrigkeit, welche mit ihren Unterthanen Proceſſe geführet hatte, konnte man auch im Hauptreceſſe ſagen, quod jure privatorum cenſeatur. Denn alle übrige werden nicht nur als privati angeſehen, ſondern ſie ſind es würklich. Die Regul, quod fiſcus utatur jure communi leidet keinen Abfall, wenn ſuper Regalibus Streit entſtehet. Auch in ſolchen Sachen iſt die Landesobrigkeit verbunden, gleich denen Privatis, es auf des Richters Spruch ankommen zu laſſen. Wenn ein Unterthan Regalia behaupten will, ſo gründet er ſich jedesmal in conceſſione expreſſa vel tacita principis, und alſo in contractu. STRYK ſchreibet in Diſſ. de Foro Principum & Privatorum communi C. 2. §. 93.: Ex quibus cauſis privati in privatis judiciis conveniri poſſunt, ex iisdem multi Principes ſe ſubmittunt deciſionibus ſuorum Tribunalium. Dieſes geſchiehet ſowol von denen Biſchöfen zu Hildesheim, als denen Herzogen zu Braunſchweig und Lüneburg. Beyde geben und nehmen in Jurisdictions- und Jagdſtreitigkeiten vor ihren höhern Gerichten Recht, gleich den Unterthanen, weswegen man von ihnen mit Fug ſaget, quod eatenus cenſeantur uti jure privatorum. Da nun ſelbige die währenden Braunſchweigiſchen Beſitzes ſuper rebus privatorum & eorum, qui privatorum jure cenſentur, gefällete Urtheile für gültig erkand haben, ſo haben ſie auch die in der Fürſtl. Aemter Rechtsſachen ergangene Judicata beſtätiget. Dieſe Deutung iſt ſo viel mehr den Regeln einer vernünftigen Auslegung gemäß, da ohne die gröſte Unbilligkeit das Gegentheil nicht angenommen, und die innerhalb 120 Jahren wider beſagte Aemter erſtrittene Rechte den Unterthanen entzogen werden können. Selbige ſind nicht Schuld daran, daß Biſchof Johann zu Hildesheim unrechtfertige Händel angefangen, deswegen von Kayſer Carl V. in die Acht erkläret, der ihm im Kriege abgenommene gröſſere Stift denen Herzogen von Braunſchweig und Lüneburg zuerkand, und von ihnen bis 1643 behauptet worden. Wenn aber die Verfaſſer des Braunſchweigiſchen Hauptreceſſes alles dasjenige, was währender dieſer langen Zeit zwiſchen den Fürſtlichen Aemtern und Landſaſſen verhandelt und erkand iſt, aufzuheben gemeinet geweſen, ſo haben ſie die letztere wollen büſſen laſſen, was andere verſchuldet, und denenſelben verbliebe alsdenn von ihren Jurisdictionen, Jagden und andern Gerechtſamen nichts, als was die Lehnbriefe enthalten, und ſie vor 1519 rechtlich hergebracht zu haben erweiſen können. Jene drücken bekantermaaſſen in ganz Teutſchland

ſelten

ſelten alle Gerechtſame der adelichen Güter aus, und thun im Stift Hildesheim nicht einmal der Jagden Meldung, obwol ſie dem Adel zuſtehen. Ein rechtliches Herbringen, welches 1519 bereits fürhanden geweſen, durch Zeugen zu erweiſen, war aber ſchon 1643 etwas Unmögliches, und ſolche Unmöglichkeit iſt in Abſicht der im Streit befangen gebliebenen Sachen heutiges Tages vielmehr obhanden. Der ungerechten Deutung, welche ich beſtreite, vorzubeugen, hat derjenige Fürſt, und dasjenige Domcapitel, welches den Braunſchweigiſchen Hauptreceß errichtet, der Stift-Hildesheimſchen Ritterſchaft durch ausgeſtellte Reverſales am 11. Mart. 1645 verſprochen, „daß ſie bey allen Rechten und Poſſeſſionen vel quaſi, die ſie ſowol vor angefangenem Kriege und Occupirung des Stifts, als auch nachgehends, an Lehn, und ſonſten acquiriret, und durch Urtel und Recht erſtritten, ſollte manuteniret und beſchützet, an pein- und bürgerlichen hergebrachten Gerichten nicht beinträchtiget, bey Fiſchereyen, Jagden, Zehenden Mühlenfuhren und Dienſten, und wie es ſonſten Namen haben mögte, gelaſſen, auch da de facto einem oder andern hiebey etwas entzogen, in priſtinum ſtatum reſtituiret werden, und zwar nach Anweiſung des anno 1643 errichteten Hauptreceſſes.„ Woraus dann klar erhellet, daß alle nach angefangenem Kriege und Occupirung des Stifts durch Urtel und Recht erſtrittene Befugniſſe und Poſſeſſionen dem Adel verbleiben müſſen.

CLXXXI. Bedenken.

Von den Schranken der Catholiſchen geiſtlichen Gerichte in Teutſchland, bevorab in den Streitigkeiten über Güter und weltliche Rechte der Cleriſey.

§. I.

Ehe durch die viele innerliche Kriege die Kayſerliche Gewalt ſo ſehr geſchwächet worden, daß den Eingriffen der Cleriſey kein hinlänglicher Widerſtand geſchehen konnte, und bevor es dahin gediehe, daß bey den weltlichen Gerichten faſt kein Recht zu erlangen war, ſind die über die Kirchengüter entſtandene Zwiſtigkeiten von den Kayſern und andern weltlichen Richtern entſchieden, wie ich in meinen Obſervationibus juris & Hiſtoriæ Germaniæ Obſ. 7. dargethan habe. Obwohl die Zehenden vornemlich zum Unterhalt der Geiſtlichen gewidmet ſind (a), ſo brachte man dennoch die darüber erregte Rechtshändel an die Kayſer, wenn gleich beyde ſtreitende Partheyen Geiſtliche waren. Ein ſolcher iſt 815 zwiſchen dem Biſchof zu Würzburg und Abt zu Fulda zwar gütlich beygeleget. Als

In den älteſten Zeiten waren der teutſchen Cleriſey Güter denen weltlichen Gerichten unterworfen.

aber dieſe geiſtliche Herren im folgenden Jahr darüber wieder zerfielen, muſte der Kayſer zutreten, und den Handel ſchlichten, wie SCHANNAT Buchoviæ veteris p. 440. alſo erzählet: Sopita in hunc modum Diſcordia, mox Anno ſequenti recruduit: quod ubi intellexit Ludovicus Pius, Regii ſui muneris eſſe credidit ingraveſcenti huic malo quantocyus occurrere: indicto igitur utrique Parti Conventu in eodem Loco Rezzisbach id per Legatos ſuos Meginboldum & Truandum effecit, ut deinceps Abbati, in omnibus Villis & Bivangis & Novalibus, quæ capta & poſſeſſa ſunt ex his duabus Foreſtis, quas Pippinus & Carolus S. Bonifacio & Sturmi Abbati ad manus tradiderunt -- Decimæ ab Apoſtolicis Pontificibus conceſſæ & ab Imperatoribus & Regibus confirmatæ permaneant; nec Epiſcopus vel ipſius Clerici ullam in his exigendi exerceant poteſtatem ulterius. Eben einen ſolchen Streit zwiſchen dem Erzbiſchof zu Maynz und dem Abt zu Fulda entſchiede König Ludewig II. 874. und heiſſet es in dem darüber verfaſſeten Diplomate: Noſtris Temporibus oborta eſt quæſtio inter LIUPERDIUM Mogontinæ ſedis Primatem, & SIGEHARDUM Fuldenſis Cœnobii Abbatem de Decimis, & quia tale negotium niſi in noſtri preſentia determinari non potuit, evocavimus -- ad audientiam in noſtram ſcilicet curtem Ingilunhem, ubi majores regni convenerunt, Epiſcopi, Abbates, Comites, Nobiles, & quamplurimi idonei Fautores, Teſtes, ac Judices hujuscemodi cauſæ determinandæ (b). Zu König Heinrich IV. Zeiten wurde von ihm und andern 1069 eine ſolche Zehendſtreitigkeit gerichtlich erörtert, und beygeleget, wie der Vergleich alſo meldet: Hujus cauſam contentionis, quia ſoli inter quos agebatur, Archiepiſcopus ſcilicet prædictus, & Abbas, per ſe ſuosque non poterant terminare, ut juſtitiæ majoris auctoritate tractaretur, utriusque utrorumque fidelibus coram rege cæterisque Principibus complacuit diligenter examinare: Inquiſitione autem Archiepiſcopi & contradictione Abbatis coram Principibus ſatis caute diſcuſſa, ut firma perpetuaque Pax & Concordia inter ipſos, ipſorumque, ſucceſſores & utramque familiam confirmaretur, juxta HENRICI Regis Edictum, aliorumque multorum Conſilium, ab utrisque collandatum eſt, quatenus ſub hac condicta pactione, ab omni deinceps ceſſarent diſſenſione; igitur Decretum eſt, ut ex Beneficiis Militum Abbatis in Thuringia Decimæ Archiepiſcopo perſolvantur, eisdem autem Militibus ex ipſis Decimis tanta pars ab Archiepiſcopo rependatur, quanta prius eis ex debito Decimationis perſolvebatur (c). König Conrad III. ſaget in einem Briefe von 1150: Omnium igitur tam futurorum, quam præſentium Chriſti fidelium, noverit induſtria, qualiter contentio & controverſia, quæ fuit inter ecclesiam S. Blaſii, & cœnobium Schafhuſen, de monte, quodam, qui Stouphen dicitur, coram nobis ſæpius ventilata, tandem in præſentia advocatorum prædictarum

ſtarum eccleſiarum, videlicet Ducis CUNRADI, & EVERHARDI Comitis de Nellinburch, præſente quoque Comite illius provinciæ RUDOLFO de Lenzeburch, juſſu noſtro terminata eſt; ita videlicet, quod mons prædictus, liberorum virorum juramento & conteſtatione, proprietati eccleſiæ S. Blaſii adjudicatus eſt (d). Ein Rechtsſpruch des Landrichters in Kleggau von 1392 lautet alſo; Kam für mich in offen Lantgericht der wirdig herre, der Probſt ze Berow, und ſtelt ſich mit ſinen fürſprechen, und lieſſ an ein recht umb all die guoter, die zu dem Gotzhus Sant Blaſie hörend, und dinkhöfig ſind, ob man mit billick das recht in dem dinkhofe nemen ſoll, und niena anderſtwa? Ward nach miner frag uf den eyd ertheilt, das man umb allen dinkhöffigen gouter das recht nemmen ſoll in den dinkhöfen, und niena anderſtwa, es wurd den einem da gelaſſen recht-löſſ (e). Die Geiſtliche lieſſen ſich nicht in die Gedanken kommen, die mit ihren eigenen Leuten und Meyern habende Streitigkeiten, der weltlichen Richter Erkenntniß zu entziehen. Als 1240 die auf dem Guth des Cloſters Engelberg wohnende Bauren ein Erbrecht zu behaupten ſuchten, verklagte ſie der Abt und Convent bey dem Grafen von Rappertsweiler als weltlichen Richter, und dieſer entſchiede den Streit (f). In Sachen des Cloſters St. Blaſii wider deſſen eigene Leute auf dem Schwarzwalde truge Herzog Leopold von Oeſterreich die Beurtheilung der Sache fünf Männern auf, welche 1398 den Ausſpruch thaten (g).

(a) Meine Nebenſtunden Part. V.

(b) SCHANNAT Dioeceſ. Fuld. p. 239.

(c) Ibid. p. 251.

(d) HERRGOTT Genealog. Habsburg. Vol. II. p. 174.

(e) Ibid. p. 765.

(f) Ibid. p. 261.

(g) Ibid. p. 782.

§. III.

Zu den Zeiten der gröſten Unwiſſenheit unſerer Vorfahren, und äuſſerſten Schwäche der weltlichen Obrigkeit, wurde das päbſtliche Recht in Teutſchland eingeführet, und die Gewalt der geiſtlichen Obrigkeit auf das weiteſte ausgedehnet. Sie ſuchte jener nunmehr die Erkenntniß über die Kirchengüter zu entziehen. Der Mindiſche Official excommunicirte die Conſules Honoverenſes,

Nach Einführung des Fauſtrechts und Juris Canonici ſuchte man ſie nicht nu davon zu be-

tanquam

freyen, ſondern die Geiſtliche Richter maſſeten ſich auch die Gewalt an, der Layen Rechtshändel zu entſcheiden.

tanquam invaſores & occupatores rerum eccleſiaſticarum, quia domum & aream contra voluntatem Rectoris eccleſiæ S. Georgii detinebant, von welchem Bann Biſchof Ludewig von Minden ſie jedoch 1331 loszehlete (a). In dem zwiſchen Churfürſt Conrad zu Cölln und der Reichsſtadt Cölln 1372 errichteten Vergleich heiſſet es: Item ad hoc, quod ſcabini aliquando ſententiaverant ſuper bonis & locis eccleſiaſticis &c. dicimus non pertinere ad Scabinos, vel alios Judices ſeculares cognoſcere, vel judicare de rebus, vel perſonis ad forum eccleſiaſticum ſpectantibus: Et ſi talia quandoque inſcribuntur libris eorum, dicimus, hoc ad memoriam rei fieri, non ut conferatur eis poteſtas cognoſcendi vel judicandi de rebus vel perſonis ſupra memoratis (b); und in den Regenſpurgiſchen Compactatis zwiſchen dem Stift und der Stadt von 1484: Volumus inſuper & auctoritate præfata ſancimus, ut nulla Eccleſiaſtica perſona in cauſis Cenſuum, penſionum ſeu redituum & decimarum ad Monaſteria, Conventus, prælaturas ſeu Præbendas, Beneficia & officia ſua pertinentium, ſimiliter & in aliis cauſis ad forum Eccleſiaſticum de jure vel conſuetudine ſpectantibus, contra Cives Ratisbonenſes conjunctim vel diviſim, & quoscunque alios Laicos Civitati Ratisbonenſi ſubjectos, movendis ſeu intentandis, ex nunc in ante adſtricta eſſe debeat adire judicem ſecularem; nec ad id per Conſulatum Ratisbonenſem poſſit coarctari, vel quomodolibet impediri, quo minus ad forum Eccleſiaſticum in cauſis hujusmodi recurratur, ſeu in illis inibi procedatur cum executionibus debitis & conſuetis; judices tamen ipſos præſentibus hortamur, ut a Cenſurarum acerbitatibus, pro ſua diſcretione, quantum poſſint abſtineant, quo minus Laici contra Clerum exaſperentur (c). Aber der Mißbrauch der geiſtlichen Gerichtbarkeit ging noch weiter. Man ſuchte ſie auch über der Layen Rechtshändel zu erſtrecken, und appellirte von den Kayſerlichen Erkenntniſſen nach Rom. Dieſes geſchehe 1389 von dem Biſchof zu Lüttich, deſſen Domcapitul und der Stadt (d). Imgleichen beſchwerte ſich Herzog Erich zu Lauenburg über den wegen der Churſachſen gethanen Kayſerlichen Ausſpruch bey dem Concilio zu Baſel, wowider Kayſer Sigismundus 1434 auf das feyerlichſte proteſtirte (e). Die Bürger zu Wien nahmen 1462 eine Appellation vom Kayſer an den Pabſt zur Hand (f), und es war nichts häufiger, als daß ſich die Archidiaconi der Stifter in der Fürſten Befugniſſe miſcheten, und mit Citationen in politiſchen Händeln niemand fertiger als ſie (g). Noch 1520 wurde die Stadt Laucha einer Schuldforderung halber am Päbſtlichen Stuhl verklaget. Nicolaus Uhrleüb Dechant zu Bebra, erbothe ſich, ihr in dieſer Sache zu dienen, und ſchriebe an den Rath: „Mit den Compulſatoribus dye wold ich eynem Prelato zw Erffurt, dem Sigler, iſt Cantor zu Sanct Seuer, odir dem Apte zw den ſchotten, der nympt eyn faß byrs vnd bannet euch das gantz Lant

zw

zw Doringen, wenns von noidten, oder eynem andern, das ihr konnet mechtig dorzu geseyn, laſſen preſentiren, vnd von nawens ein Monitorium laſſen decerniren ꝛc. (h). „

(a) Herrn Conſiſtorialraths GRUPEN Antiquitates Hannoverenſes p. 316.

(b) Herrn MOSERS Reichsſtädtiſches Handbuch Part. I. p. 279.

(c) Ibid. Part. II. p. 517.

(d) ZANFLIET in Chron. apud. Martene Collect. veter. ſcript. Tom. V. p. 335.

(e) LUNIGS Reichsarchiv Part. Gen. Contin. p. 46.

(f) Herr B. von SENCKENBERG in Selectis Juris & Hiſtoriarum Tom. V. p. 192.

(g) HORN in dem Leben Churfürſt Friedrich des Streitbaren von Sachſen p. 395.

(h) KREYSIG Beyträge zur Hiſtorie der Chur- und Fürſtl. Sächſiſchen Lande Part. I. p. 339.

§. III.

Es iſt bewundernswürdig, daß der Geiſtlichkeit ſo viel nachgeſehen worden, bevorab, da Fürſten und Herren wohl erkandten, welch ein unerträgliches Joch ihnen und den Ihrigen ſolche anhalſete, und deswegen nicht ſelten es abzuſchütteln ſuchten. In Johanſen von Morsheim gedruckten Ausſchreiben gegen die Weiſſenburgiſche Mönche, wegen ſeines weltlichen Rechtshandels, weshalben er von ihnen zu Rom verklaget, nochmalen aber die Sachen auf den Reichstagen vorgenommen worden, von 1501 heiſſet es: „In anhangender Appellation hat die Römiſch Königlich Majeſt. vnſer gnedigſter her in Anſehung das ir Majeſt. inhalt des proceß als das weltlich heupt der Chriſtenheit gegen mir zu Rome angerufen, ſich der ſach vndernomen vf gehaltenen Reichstag zu Freyburg durch ir Majeſtat verordnet ſtathelter vnd rete, auch Churfürſten, fürſten und alle ſtend des heiligen reichs ſo daſelbs verſamlet waren dieſe ſach verhöret, da auch der monch beyder Apts vnd convents gewalthaber zugegen geweſt, Aber gegen mir kein in recht gegront vrſach, darumb ſie mich billich zu Rome fürgenomen, oder yn ban zu ſin vffgeſchlagen nye vorbracht (a); „ und in den Cöllniſchen Concordatis von 1506: „Darum iſt nun durch uns Jacoben, Elegirten und Confirmirten obgerührt vertragen mit Wiſſen und Willen der bey-

Wowider ſich jedoch die weltliche Obrigkeit, auch die geiſtliche Churfürſten geſetzet haben.

 den

den Partheyen obgeſchrieben, daß der Official, als geiſtlicher Richter, nun fort, an in keinen weltlichen Sachen die man weltlich in Cölln richten mag und uch zu richten gebühren, da die Partheyen vor den weltlichen Richtern in Cölln zu Anſprachen und Antworten kommen weren, einige Inbibition oder Mandat auſſenden noch verleyhen ſoll, und wäre Sach, daß durch den Official oder geiſtlichen Richter vorgeſchrieben, in weltliche Sachen geſtalt und geſchickt, wie obſtehet, einige Inbibition oder Mandat unbündig, unkräftig und alſo untüglichen und vor unwerth ſoll geacht und gehalten werden, und die weltliche Richter nicht ſchuldig ſeyn, die Mandaten zu achten, ſondern dieſelbigen unangeſehen, mögen und ſollen ſie in den vorſt. Sachen procediren, fortfahren, urtheilen und richten und dermaaſſen handeln, als ob die Mandaten nicht verkündiget, noch vor ſie kommen wären (b). Herr von HONTHEIM Hiſtor. Trevir. Tom. II. p. 540. ſchreibet hievon: Quod ad poteſtatem Eccleſiaſticam & exercitium jurisdictionis ejusdem attinet, videntur hoc ſæculo nonnulli abuſus in hanc Archidioeceſin irrepſiſſe; adeo, ut neceſſum duxerit anno 1505. Maximilianus I. Imp. inhibere Canonicis Eccleſiæ Metropolitanæ, ne Comitem Virneburgicum in cauſa civili Romæ convenirent, & in univerſum edixit Archiepiſcopus Johannes a Mezenhauſen 21. April. 1532, ne quis in ſua Archidioeceſi ullas Romanas literas executioni mandet, niſi ante a ſe viſas & probatas. In Graf Ludewigs zu Witgenſtein Reichshofraths-Diario von 1570 lieſet man: „Iſt unbillig Profanſachen und Perſon ans geiſtlich Gericht zu ziegen, welche per appellationem gen Rom gelangen, und alſo dem Reich entzogen (c).„ Churfürſt Lotharius zu Trier verordnete 1624, daß von ſeinen Officialen anders, als an ihn und ſein weltliches Hofgericht nicht appelliret werden ſolle (d). Es haben ſelbſt die geiſtliche Fürſten es ihrem Intereſſe gemäß zu ſeyn erachtet, daß den geiſtlichen Richtern Schranken geſetzet, und der Mißbrauch des Recurſes nach Rom nicht geduldet wurde. Wie ſelbige Anlaß gegeben, daß in den Kayſerl. Wahlcapitulationen dawieder Vorſehung geſchehen, erzehlet PUFENDORF de Rebus Brandenburgicis Lib. 4. §. 40. alſo: Eccleſiaſtici quoque Electores graves querelas ſuper Pontifice & Curia Romana movebant, qui non in eccleſiaſticis ſolum, ſed & civilibus cauſis adverſus imperii leges ipſorum jura uſurpet, eoque ſeparatum articulum legi Regiæ inſeri cupiebant, ut futurus Rex iſtas uſurpationes ne probet, & adverſus eas ipſos tueatur. Beym Wahlconvent 1658 bemerkte der Chur-Cölniſche Geſandte, „daß Sr. Churfürſtl. Durchl. gleichſam die Schuld beygemeſſen werden wollte, als wenn auf Ihre Erinnerung dieſe Articuli in die Capitulation geſetzet worden, zumal die Appellationes in ihren Erz- und Stiftern ſehr ad Nuncios interponiret und gezogen würden (e).„ Auch beym Wahlconvent 1690 lieſſe ſich derſelbe ad

Proto-

Protocollum vernehmen: „Es würden die Partheyen in Curia Romana zu Ausführung koſtbarer Proceſſe genöthiget, daher die Beybehaltung dieſes Articuls zu Abſtellung aller ſolcher denen Ordinariis präjudicirlicher Mißbräuche, als zu deren Verhütung dieſer Articul bey Errichtung der Leopoldiniſchen Capitulation auf eben dergleichen eingekommene Klagen angeſehen worden, pro nunc annoch höchſt nöthig ſey (f).“ Das Kayſerliche Cammergericht hat in Sachen Wieſenhavern wider den Fürſtl. Hildesheimſchen Offizialen 1758 nicht geſchehen laſſen, daß ein über das Meyerrecht, welches der Guthsherr dem Meyer ſtreitig machte, entſtandener Rechtshandel der weltlichen Richter Erkentniß entzogen worden, und das gemeine Weſen iſt dem Herrn Cammergerichtsaſſeſſor B. von CRAMER groſſen Dank dafür ſchuldig, daß er in ſeinen Opuſculis Part. III. ein in dieſer Sache abgeſtattetes ſtattliches Votum des Herrn Referenten bekand gemachet hat. Mehre ſolche Erkentniſſe beyder höchſten Reichsgerichte, ſind in meinem Unterricht von Regierungs- und Juſtitzſachen pag. 17. 18. 19. angeführet.

(a) Herr B. von SENCKENBERG Samlung ungedruckter Schriften Part. I. pag. 89.

(b) Herr MOSERS Reichsſtädtiſches Handbuch Part. I. p. 323.

(c) Herr B. von SENCKENBERG d. l. Part. II. p. 63.

(d) Herr von HONTHEIM d. l. Tom. III. p. 274. 275.

(e) Herr MOSERS Anmerkungen über Kayſer Carl VII. Wahlcapitulation Part. II. pag. 427.

(f) Ibid. pag. 430. 431.

CLXXXII. Bedenken.

Von des Stift-Hildesheimſchen Evangeliſchen Conſiſtorii Recht, die Superintendenten zu beſtellen.

In dem Hildesheimſchen Conſiſtorialreceß von 1651 iſt verſehen: „Zum andern ſollen vor dieſem Conſiſtorio nicht allein ea quæ ſunt Ordinis & jurisdictionis Eccleſiaſticæ, vel ut Examinatio, Ordinatio, Inſpectio, Viſitatio, der Prediger, Schul- und Kirchendiener Suſpenſio & remotio, & cætera eo de jure pertinentia, ſondern alle Partes hujus jurisdictionis, nach Inhalt der Fürſtlichen

Braun-

Braunſchweig Lüneburgiſchen Kirchenordnung (welche mit deren Obſervanz ſamt denen von den Herren Herzogen zu Braunſchweig und Lüneburg Wolfenbüttelſchen Theils abſonderlich den 6. Januarii Anno 1593 und andern diesfalls ausgelaſſenen Conſtitutionibus die einzige Norma und Regula dieſes Conſiſtorii ſeyn und bleiben) ſo wol quoad prædictas cauſas & negotia mere Eccleſiaſtica, & ſpiritualia, als auch quoad actiones reales, perſonales vel mixtas & matrimoniales, ſo ferne dieſelbe ihrer Art und Eigenſchaft nach de jure, wie auch vermöge der Fürſtlichen Braunſchweigiſchen Kirchenordnung, und wie ſolches alles Anno 1624 notorie zu Wolfenbüttel in uſu geweſen, tractiret, gerechtfertiget, und exequiret werden.„ Nun heiſſet es in Herzog Julii Kirchenordnung: Haben wir in unſerm Fürſtenthum folgende Superintendenz und Viſitation fürnehmen, und ſelbige in fünf Theil zertheilen, und in jedem Theil einem General ſeine Speciales Superintendentes, der Gelegenheit nach, verordnen und verzeichnen laſſen, laut und Inhalt derſelbigen. Befehlen und wollen hierauff, daß von unſerm Conſiſtorio, dieſelbig Superintendenz mit ihren General- und Specialſuperintendenten, in ihrer Austheilung verſehen und erhalten würde, mit Gelehrten, Gottfürchtigen, Ehrnhaftigen, tapfern Mennern, die zu Gottes Wort, rechter Prophetiſchen, Apoſtoliſchen, heiligen, Chriſtlichen, Catholiſchen Religion, und der Augſpurgiſchen Confeſſion, auch Kirchen, ein ſondern Eiffer, darzu ihre gute Teſtimonia und Zeugniß, beyde der Lehre und des Lebens, bey der Kirchen, und menniglich haben, damit ſie mit der Wahrheit von den Läſterern nicht getadelt, ſondern deſto ſtatlicher ihre wirkliche Execution, wie hernach unterſchiedlich an jedem Ort davon gemerket, volnſtrecken mögen (a).„ Vermöge ſolcher Ordnung ſollten in dem Theil des Stifts Hildesheim, welcher damals zum Fürſtenthum Braunſchweig-Wolfenbüttel gehörte, in der Stadt Alfeld und in der Stadt Bokenem General-Superintendenten, zu Nette, Kleinen Freden, Saltzliebenhalle, Wrisbergholzen und Lamſpringe aber Special-Superintendenten ſeyn (b). Die Pfarren, womit ſolche geiſtliche Aemter verknüpfet worden, vergliebet nicht alle der Landesherr, und wenn die Patronen geſchickte Männer dazu präſentiren, vertrauet man ihnen auch die Superintendentur an. Denen von Braunſchweig-Calenberg zu Lehn gehenden Alfeldiſchen und Bokenemſchen Oberpfarren iſt ſie daher beſtändig beygeleget geweſen, ohne daß ſolches Recht der Oberpfarrer die Hildesheimſche Biſchöfe Churfürſt Maximilian Henrich, und Biſchof Jobſt Edmund jehmals in Zweifel gezogen haben. Von den Special-Superintendenturen hat aber das Conſiſtorium nach Gutbefinden Verfügungen gemachet, weil an den Orten, allwo ſie vermöge der Kirchen Ordnung ſeyn ſollten, ſich vielfältig ſo ſchlechte von den Catholiſchen Patronen erwählte Pfarrer gefunden, daß

ſie

ſie vielmehr eines Inſpectoris bedurft, als im Stande geweſen, über andere Aufſicht zu haben. Deswegen wurde die Wrisbergholtenſche Inſpection 1654 vom Conſiſtorio dem Alfeldiſchen Superintendenten D. Mylius, demnächſt dem Bokenemſchen Superintendenten M. Scriba, und nach deſſen Tode dem Alfeldiſchen Superintendenten Peſtorf aufgetragen. Im Jahr 1680 erhielte der Bokenemſche Superintendent Gudenius die Superintendentur der Aemter Woldenberg und Wiedela. Im Jahr 1686 reſignirte der Superintendent Peſtorf die Inſpection über die Aemter Gronau und Poppenburg. Es wurde auch damals dem Superintendenten Gudenius das Amt Steinbrück beygeleget. Dieſes alles iſt in Gegenwart des im Conſiſtorio Sitz habenden Biſchöflichen Catholiſchen Cantzlers geſchehen, und niemand hat ein Wort dawider geredet, unter der Regierung Churfürſt Joſeph Clemens aber man Biſchöflicher Seits den Anfang gemachet, ſolches Recht des Conſiſtorii in Zweifel zu ziehen. Dem ohngeachtet aber iſt von demſelben die Beſtellung der General und Special-Superintendenten vor wie nach geſchehen, welche auch mit Recht nicht behindert werden kann.

Man wendet zwar erſtlich ein, es gehöre ſolche Befugniß ad jura territorii, und das Inſtrumentum Pacis Weſtphalicæ verordne Art. V. §. 38. nulli ſtatui immediato jus, quod ipſi ratione territorii & ſuperioritatis in negotio Religionis competit, impediri oportere. Allein es beſtimmet 1) der gleich darauf folgende §. 31., wie dieſes Jus territorii ausgeübet werden ſoll, nemlich dergeſtalt, daß den Landſaſſen und Unterthanen die Kirchenrechte, und inſonderheit die Conſiſtorialrechte, verbleiben, deren ſie 1624 genoſſen. Da nun der Catholiſche Landesherr zu ſelbiger Zeit keine evangeliſche Superintendenten beſtellet hat, ſo ſtehet ihm ſolche Befugniß nicht mehr zu, als andere Stücke der geiſtlichen Gerichtbarkeit, welche dem evangeliſchen Conſiſtorio ohne Ausnahme beygeleget worden. Iſt dieſes dem Sinn des Friedensſchluſſes ungemäß, ſo enthält er Sätze, welche ſich widerſprechen. Denn es kann unmöglich zuſammen beſtehen, daß die Catholiſche Fürſten in den Kirchen ihrer evangeliſchen Unterthanen ſo viel Recht haben, als die Evangeliſche Fürſten, und daß gleichwol dieſe Unterthanen in dem Stande, worin ſie 1624 geweſen, bleiben, mithin die Biſchöfliche Jurisdiction über ſelbige ſuſpendiret ſeyn ſoll, wenn ſie zu ſolcher Zeit nicht ausgeübet iſt, da jene an die Obſervanz ſolches Jahrs nicht gebunden ſind, und andere Einrichtungen machen können, als damals üblich waren (c).

Ferner gehöret 2) die Beſtellung eines Kirchen-Inſpectoris ihrer Art und Eigenſchaft nach keinesweges zu den Hoheitsrechten, ſondern es ſtehet der Kirche die Gewalt zu, einigen ihrer Glieder aufzutragen, dafür zu ſorgen, daß die Kirchenordnungen genau beobachtet werden (d), daher ſie denn vor Zeiten unter chriſtlichen Königen auch die Biſchöfe erwählet hat. Es ſchreibet Herr von HONTHEIM in Prodromo Eccleſiæ Trevirenſis p. 305.: Viduatæ Eccleſiæ tam ante, quam poſt Concilium Nicænum novum Paſtorem Cleri ac plebis ſuffragio deſtinatum & hunc quidem, quoad fieri poterat, ex ejusdem Eccleſiæ Clero ad vacantem Eccleſiam aſſumptum eſſe, idque in Gallia ſub prima & ſecunda Regum ſtirpe conſtanter ſervatum fuiſſe, notum eſt. Sed cum majoris momenti eſſent Metropolitanorum electiones & ordinationes, quam cæterorum Epiſcoporum, ideoque majorem curam deſiderarent, hinc in eorum electionibus Suffraganei ſeu Provinciales Epiſcopi integro ſuffragii jure fruebantur, & ea quidem auctoritate, quam in cæterorum Collegarum ſuorum electionibus non uſurpabant; ob id videlicet, quod cum a Metropolitano dependere deberent, ipſorum valde intereſſet, cujusmodi perſona ad eam dignitatem. Singula hæc in Treviris conſtanter ſervata ſunt; und p. 547.: Populi jura in electionibus Sæculo XII. adhuc integra perſtabant, necdum excluſa ſolemni illo pacto an. 1122 inter Calixtum PP. II. & Henricum V. Imp. inito. Siquidem adhuc anno 1131 Treviri de electione Alberonis Archiep. ad Innocentium II. PP. retulerunt, eandem factam eſſe de aſſenſu & per concordiam omnium tam Laicorum quam Clericorum (e). Zwar hat die Evangeliſche Kirche das Recht, die Kirchenämter zu vergeben, der Evangeliſchen Landesherrſchaft vielfältig übertragen, weil ſie in ſelbige das Vertrauen geſetzet, es würde ihr weder am Willen, noch am Vermögen fehlen, es zum Beſten der Kirche zu gebrauchen. Wie kann man aber dieſes von einem Catholiſchen Landesherren begehren und erwarten? Ihm ſtehet daher in den Evangeliſchen Kirchen ſeiner Unterthanen keinesweges das Recht zu, welches von ſelbigen den Evangeliſchen Fürſten beygeleget worden (f).

Der zweyte Grund, womit das Recht des Conſiſtorii angefochten werden will, beſtehet darin, daß ihm vermöge Conſiſtorial-Receſſus art. 3. weiter keine Gewalt mitgetheilet worden, als die Fürſtl. Braunſchweig-Lüneburgiſche Kirchenräthe gehabt, welche aber ohne Genehmhaltung des Landesfürſten keine Superintendenturen vergeben können. Allein da ſelbigen in der Kirchenordnung aufgegeben worden, die Superintendenzen mit General- und Special-Superintendenten zu verſehen, habe ich ſo eben dargethan. Hätte auch der Landesherr ihre Schlüſſe bisweilen geändert, ſo mangelte doch, wegen ſuſpendirter geiſtlicher

cher Jurisdiction, ſolche Gewalt den Catholiſchen Biſchöfen, gleichwie ſie die Kichenordnung nicht willkührlich ändern, und Conſiſtorialſachen avociren mögen, obwohl es die Evangeliſche Herzoge von Braunſchweig und Lüneburg zu thun befugt waren. Die gleiche Gewalt der Wolfenbüttelſchen und Hildesheimſchen Conſiſtorialien beſtehet demnach darin, daß dieſe keine Geſchäfte vor ſich ziehen können, von welchen jenen Verfügungen zu machen unerlaubet geweſen.

(a) Chur-Braunſchweigiſche Landes-Ordnungen Cap. I. p. 245.

(b) Ibid. p. 261. 262.

(c) Meine Neben-Stunden Part. III.

(d) Herr Canzler PFAFF de Originibus Eccleſiaſticis p. 203. 223. MOSHEIMS Kirchen-Recht der Proteſtanten p. 350.

(e) S. auch Herr SCHOEPFLIN Alſatiæ illuſtratiæ Tom. I. p. 801. Herr HEUMANN de Re diplomatica Tom. II. Meine Neben-Stunden Part. I.

(f) Herr B. von CRAMER Opuſc. Tom. II. Herr PFAFF d. l. p. 203. 204. MOSHEIM d. l. p. 495.

CLXXXIII. Bedenken.

Von dem Diſpenſations-Recht der Biſchöffe zu Hildesheim in ihrer Evangeliſchen Unterthanen Eheſachen.

Die Evangeliſche Landſtände des Stifts Hildesheim führen darüber Beſchwerde, daß Sr. Churfürſtliche Durchl. zu Cöln verſchiedenen Evangeliſchen Unterthanen, welchen vom Conſiſtorio A. C. die gebetene Diſpenſationes in Eheſachen verſaget worden, ſolche ertheilet haben, und zwar aus Landesfürſtlicher Macht, und weil verſchiedene Evangeliſche Rechtslehrer dafür halten, daß ſolche Ehen von Gott nicht verboten ſind.

Der Weſtphäliſche Friedensſchluß verordnet aber Art. V. §. 48., daß nur diejenige Evangeliſche Unterthanen Catholiſcher Reichsſtände ihrer geiſtlichen Jurisdiction unterworfen ſeyn ſollen, qui eam anno 1624 agnoverunt. Zu ſelbiger Zeit hatte nun der Catholiſche Biſchof im gröſſern Stift Hildesheim nicht die mindeſte geiſtliche Gewalt, ſondern dieſelbe ſtunde daſelbſt, und, wie ich

oben im XCVII. Bedenken dargethan habe, in einem guten Theil des kleinern Stifts denen Herzogen von Braunſchweig und Lüneburg zu, welche ſie durch ihr Conſiſtorium übeten.

Es leidet auch keinen Zweifel, daß die Erkenntniße in Eheſachen, und beſonders die Diſpenſationes matrimoniales Wirkungen der geiſtlichen Gerichtbarkeit ſind; wie denn die Catholiſche bey den Weſtphäliſchen Friedenstractaten nur nachgeben wollten, „daß wenn beyde Partheyen der Augſpurgiſchen Confeßion zugethan, und derſelben weltliche Obrigkeit anno 1624 in Uebung der Judicatur in Eheſachen geweſen, ſolche Partheyen vor ihrer weltlichen Obrigkeit einander mit Recht zu ſuchen befugt, und vor den geiſtlichen Conſiſtoriis und Chorgerichten der Catholiſchen zu ſtehen nicht ſchuldig ſey (a),“ mithin in andern Fällen die Erkenntniß dem geiſtlichen Richter vorbehielten; daher denn im Hildesheimſchen Conſiſtorialreceß Art. 2. ausdrücklich verſehen, „daß vor dem Conſiſtorio ea quæ ſunt ordinis & jurisdictionis eccleſiaſticæ auch quoad cauſas matrimoniales tractiret und gerechtfertiget werden ſollen.“

Ohne Grund will man aus Landesfürſtlicher Macht dasjenige behaupten, was keinem Biſchof zu Hildesheim vi jurisdictionis eccleſiaſticæ zuſtehet. In meinen Nebenſtunden Part. II. habe ich bereits angemerket, „daß wenn dieſes der Friedensſchluß erlaubet, deſſen Verfaſſer, was ſie den Evangeliſchen Unterthanen Catholiſcher Landesherren mit einer Hand gegeben, ihnen mit der andern hinwieder genommen, und einen bloſſen Schulſtreit dahin entſchieden haben, daß man der Catholiſchen Landesobrigkeit Gewalt in Kirchenſachen keine Biſchöfliche, ſondern eine Landesherrliche Gewalt nennen ſolle. Mit dergleichen wenig bedeutenden Kleinigkeiten hielten ſich wohl Schulleute auf. Man mache aber ſo geringfügige Zänkereyen durch keine Friedensſchlüſſe aus, und das Herkommen ſetze auſſer Zweifel, wie im Weſtphäliſchen Friedensſchluß der Einſchränkung des Rechts Catholiſcher Obrigkeiten in ihrer Evangeliſchen Unterthanen Kirchenſachen auf den Beſitz des Jahrs 1624 viel wichtigere Wirkungen beygeleget ſind (b).“ Deswegen ſollen vermöge des Hildesheimſchen Conſiſtorialreceſſes alle Verfügungen, welche den Erkenntniſſen des Conſiſtorii A. C. zuwiderlaufen, nicht attendiret, ſondern pro ſub- & obreptitiis gehalten, und allein gültig ſey, was bey dieſem Gericht geſchloſſen worden. Solchem Vertrage läuft es offenbar zuwider, wenn der catholiſche Landesherr das Verbot des evangeliſchen Conſiſtorii, eine Ehe zu vollziehen, aufhebet, und ſolche ſeinen evangeliſchen Unterthanen erlaubet.

Auch diejenige catholiſche Obrigkeiten, welche 1624 die geiſtliche Juris⸗diction über beſagte Unterthanen geübet haben, mögen dennoch darüber nicht er⸗kennen: Ob eine Ehe nach den Lehrſätzen der Evangeliſchen für erlaubet zu hal⸗ten oder nicht? Maſſen der Friedensſchluß ſolche Jurisdiction ausdrücklich auf die Fälle einſchränket, qui Auguſtanam Confeſſionem nullatenus concernunt, & ubi ſubditis nil injungitur illi repugnans. Zu denen Caſibus Auguſtanam Confeſſionem concernentibus gehören aber allerdings die Diſpenſationes in Eheſachen (c). Wolte man dem Conſiſtorio anmuthen, die Trauung der Perſonen, welche ſol⸗che vom Landesherrn ausgebracht, zu verfügen, oder den Evangeliſchen Pfar⸗rern, ſie zu verrichten, und Leute, die ihrer Meynung nach in einer von Gott verbotenen Ehe leben, das heilige Abendmal zu reichen, ſo würden ſie genöthi⸗get, wider ihr Gewiſſen zu handeln. Was der Augſpurgiſchen Confeßion, mit⸗hin dem Worte Gottes gemäß, und in der Evangelichen Kirche zu dulden iſt, ſolches hat kein Catholiſcher Biſchof zu beurtheilen, maſſen die Evangeliſche bey den Weſtphäliſchen Friedenstractaten weißlich bedungen, „daß die Cogni⸗tion, wer Evangeliſch ſey oder nicht, bey niemand anders, als Evangeliſchen ſtehen müſſe (d). Dieſen allen tritt hiebey, daß von denen Herren Biſchöfen ſeit 80. und mehr Jahren dem Hildesheimſchen Conſiſtorio die Diſpenſationes nach Beſinden zu ertheilen und zu verſagen geſtattet worden, ohne daß vor Sr. jetzt regierenden Churfürſtl. Durchl. ein Landesherr ſich ſolches Rechts angemaſſet hat. Die Evangeliſche Landſtände ſind deswegen gemüſſiget, ihre Beſchwerde hierüber 1748 an das Corpus evangelicorum zu bringen, welches ſich auch derſel⸗ben, durch nachdrückliche Vorſtellungen angenommen hat (e).

(a) MEYERN Acta Pacis Weſtphalicæ Tom. IV. p. 85.

(b) Meine Nebenſtunden Part. III.

(c) ZECH de Jure reformandi Sect. II. Cap. 3. §. 39. Meine Nebenſtun⸗den Part. III.

(d) LONDORP Acta publica Tom. VI. p. 46.

(e) SCHAUROTH Concl. Corp. Evangel. Tom. I. p. 778. Tom. III. p. 985.

CLXXXIV. Bedenken.

Von den Rechten der Evangeliſchen Canonicorum in Capitulis mixtis.

§. I.

Man ſchmälert zu Osnabrück die Rechte der evangeliſchen Canonicorum.

Im Weſtphäliſchen Friedensſchluß Art. V. §. 23. iſt verſehen: Quot Capitulares aut Canonici die prima Januarii anni 1624 uſpiam vel Auguſtanæ Confeſſionis vel Catholici fuerunt, totidem illic ex utraque religione erunt ſemper, nec decedentibus niſi ejusdem Religionis Conſortes ſurrogentur: Si vero alicubi jam plures Catholici vel Auguſtanæ Confeſſionis Capitulares aut Canonici beneficia poſſident, quam anno 1624, ii quidem ſupernumerarii beneficia & præbendas ad vitam retineant, mortuis vero, tamdiu Catholicis Auguſtanæ Confeſſioni addicti, & his Catholici ſuccedant, donec redintegratus fuerit utriusque Religionis Capitularium & Canonicorum numerus, qui die 1. Januarii anno 1624. erat. Exercitium vero Religionis in mixtis Epiſcopatibus ita reſtituatus & permaneat, ubi & quatenus id 1624. palam receptum permiſſumque fuit; neque ſupradictis omnibus vel eligendo vel præſentando, aliterve quicquam detrimenti creetur. Solchen zufolge verordnet die Osnabrückiſche perpetuirliche Capitulation Art. 20.: „Nicht weniger, damit dem Friedensſchluß in allem ein Genügen beſchehe, ſollen alle Biſchöfe und Succeſſores beym Stift Osnabrück daran ſeyn, und nachdrücklich verfügen, daß ſowohl in dem Thumcapitul und der Collegiatkirche zu St. Johann und andern Kirchen, Hoſpitalien und Armenhäuſern, da beyde Religionsverwandte den 1. Jan. 1624 mit einander gelebet, ſo viel Catholiſche und Augsburgiſche Confeßions-Verwandte Thumherren, Canonici und Vicarii, oder Arme, als jedes Orts 1. Jan. 1624 darinnen geweſen, oder vermöge des Friedenſchluſſes kommen können, nach Anweiſung des Inſtrumenti Pacis wiederum eligiret und eingenommen, einem jeden Theil ſeine Dignitas, Jura, Präbenden und Einkünfte (ſo viel ſie deren den 1 Jan. 1624 gehabt und beſeſſen) unweigerlich verpleiben, gereichet, und ausgefolget und fürterhin in ſolchen Stand und Anzahl continuirlich propagiret und erhalten, im geringſten aber nicht dagegen beſchweret, vielweniger mit Statuten und Juramenten, ſo eines jeden Religion und Gewiſſen zuwider, graviret werden.„ Nun ſind zwar im Osnabrückiſchen Domcapitul und dem Capitul zu St. Johann einige Evangeliſche aufgenommen. Man verſaget aber denſelben gleiche-Rechte mit den catholiſchen Canonicis, ſchlieſſet den evangeliſchen Canonicum zu St. Johann von den ordentlichen Capitularverſammlungen aus, ſchmälert ſeine Einkünfte, und verſtattet ihm nicht, eine Curie zu optiren, wenn ſelbigen die Reihe trifft. Dieſes

will damit gerechtfertiget werden, daß 1) vermöge der Statuten derjenige einer Major-Präbende unfähig ſey, der keine Ordines hat, woran es den Evangeliſchen immer mangelt. Vermöge eben dieſer Statuten wird der evangeliſche Canonicus zu St. Johann 2) genöthiget, mit Verſäumung des evangeliſchen Gottesdienſtes; ſich jedesmal bey der hohen Meſſe ante offertorium einzufinden, und man will 3) die evangeliſche Domherren, weil ſie keine Ordines haben, den Biſchof, auch ſogar den Evangeliſchen nicht mit wählen laſſen.

§. II.

Es ſoll 1) der evangeliſche Canonicus von Beeſten im Jahr 1624 keine Præbendam majorem, und alſo auch keine Curie beſeſſen, noch mehre Einkünfte genoſſen haben, als deſſen Nachfolger empfangen. Hat ſolches alles in facto, ſeine Richtigkeit, ſo können auch dieſe kein mehres begehren. Das Gegentheil, und daß ſich in anno decretorio keine Præbendæ minores beym Stift gefunden, will aber von dem Evangeliſchen Canonico behauptet werden, welcher mit groſſem Schein anführet, es könne das Statutum, worin ſich die catholiſche Canonici gründen, 1622 als der von Beeſten die Präbende erhalten, mithin 1624, da er in deren Beſitz verblieben, unmöglich in Uebung geweſen ſeyn, weil er ſonſt überall zu keinem Canonicat gelangen mögen. Denn ſelbiges mache die Evangeliſche ganz unfähig, in das Stift St. Johann zu kommen, weil ſie keine Ordines haben, und da gleichwol der von Beeſten unter dem evangeliſchen Biſchof Philip Sigismund in ſelbiges aufgenommen worden, ſo müſſe beſagtes Statutum damals aus den Augen geſetzet ſeyn. Wäre ſelbiger ein Canonicus minor geweſen, ſo hätte er den Canonicis majoribus nimmer vorgehen können. Daß aber dieſes geſchehen, müſten die Protocolla Capituli ergeben, und ſey zu deſſen Beweis hinlänglich, daß als 1653 das Capitul ein annoch fürhandenes Fenſter verfertigen, und mit der Canonicorum Namen und Wapen zieren laſſen, der von Beeſten acht Canonicis vorgeſetzet ſey; wie denn noch heutiges Tages die jüngere catholiſche Canonici dem ältern Evangeliſchen den Rang nicht ſtreitig machten, obwol ſonſt nimmer ein Canonicus minor denen majoribus vorgehe. Dieſe Quæſtio iſt vielmehr facti als juris, und hier der Ort nicht, ſie zu erörtern. Ich muß jedoch bemerken, daß wenn gleich der Canonicus von Beeſten kein mehres genoſſen, als der jeztlebende, und jener am 1. Januar 1624 mit keiner Curie verſehen geweſen wäre, es jedoch dem Sinn des Friedensſchluſſes, auch dem Herkommen der Capitulorum mixtorum zuwiderliefe, wenn man ſeinen Nachfolgern ein mehres nicht einräumen wollte. Wer an beſagtem Tage in dem Beſitz einer Präbende geweſen, dem gebühren alle ihr anklebende Vorzüge und Aufkünfte, wenn er ſie

Es iſt irrig, daß in Capitulis mixtis niemand gebühret, was ſein Vorfahr 1624 nicht wirklich gehabt.

gleich

gleich damals nicht alle genoſſen. Dieſes räumet das Capitul zu St. Johann ein, indem es dem evangeliſchen Canonico nicht anmuthet, eine der unterſten Stellen bey den Verſammlungen beſtändig zu bekleiden, weil der 1622 zur Präbende gelangte Canonicus von Beeſten nur eine ſolche am 1. Januar 1624 haben können, ſondern man läſſet die evangeliſche Canonicos ohne Widerſpruch hinaufſteigen, und den ſpäter eingeführten Catholiſchen vorgehen. Ein gleiches iſt bey dem Osnabrückiſchen Domcapitul hergebracht, und haben die evangeliſche Domherren nicht eben die Obedienzien und Curien, welche ihre Vorfahren am 1. Januar 1624 gehabt, ſondern, gleichwie dieſelbe im Range nach dem Alter hinaufſteigen, ſo optiren ſie auch nach dem Range mit den Catholiſchen, die nach und nach erledigte Obedienzien, Littern, Curien ꝛc., gelangen zum Seniorat, und denen ſelbigen anklebenden einträglichen Aufkünften; daher es irrig, daß in capitulis mixtis niemand gebühret, was ſein Vorfahr 1624 nicht wirklich gehabt, ſondern nur hoffen können.

§. III.

Die Statuta verbinden keinen evangeliſchen Canonicum bey der Meſſe zu erſcheinen.

2) Stehet es nicht zu rechtfertigen, daß man den Evangeliſchen Canonicum nöthiget, bey der Meſſe zu erſcheinen. Die Statuta erfordern der Canonicorum Gegenwart in keiner andern Abſicht, als damit ſie einen nach den Lehrſätzen der Römiſch-Catholiſchen Kirche Gott angenehmen Dienſt leiſten mögen, und ſelbſt Catholiſche Gottesgelehrte müſſen es, als dem höchſten Weſen mißfällig, anſehen, wenn ſich jemand aus andern Abſichten bey der Meſſe einfindet. Da nun jener Gottesdienſt von den Evangeliſchen unmöglich verrichtet werden mag, ohne wider ihr Gewiſſen zu handeln, ſo muſte man ſie entweder vom Stift gänzlich ausſchlieſſen, oder ihnen nicht anmuthen, dergleichen Statuta zu befolgen. Das Letztere iſt geſchehen, maſſen in der perpetuirlichen Capitulation Art. 20. ausdrücklich verordnet worden, daß niemand mit Statuten und Juramenten, ſo eines jeden Religion und Gewiſſen zuwider, graviret werden ſoll.

Es iſt ein unzulänglicher Behelf, wenn eingewendet wird, man wolle den Evangeliſchen Canonicum nicht nöthigen, der Meſſe beyzuwohnen, ſondern ihm nur wegen ſeines Auſſenbleibens gewiſſe Nutzbarkeiten entziehen. Denn mit eben dem Grunde könnte man ihm alle Nutzbarkeiten nehmen, weil die Statuta überall einen ſolchen Gottesdienſt erfordern, deſſen Verrichtung die Evangeliſche Glaubenslehre nicht verſtattet.

§. IV.

Zwar hat der Evangeliſche Canonicus von Beeſten in einem 1658 ausgeſtellten Revers geſtanden, daß er im Jahr 1624 juxta ſtatuta Eccleſiæ keine majorem præbendam oder Curiam beſeſſen oder optiren können, und der jetzt lebende Canonicus 1734 verſprochen, allen uralten Conſuetudinibus & Statutis der Kirche und Capituli ad S. Johannem ſich zu accommodiren, beſonders des Jahrs 1624 Obſervanz feſtiglich zu halten, zu Folge deſſen dann, weiln im Jahr 1624 keiner der die majores ordines nicht gehabt, majorem præbendam, und was dazu gehörig, optiren können, ſich deren, nemlich majoris præbendæ und davon dependirenden Curiæ, inveſtituræ, collationis beneficiorum eccleſiaſticorum, voti tam activi quam paſſivi in electionibus prælatorum & collationis canonicatuum, aliorumque beneficiorum, quæ de collatione Capituli in concreto dependent, item proventuum præpoſituræ, ejusque ſuperflui, ſervitiorum, porcorum und aller der Sachen, welche optiret werden müſſen, weilen zur Option keiner, welcher nicht in majoribus ordinibus nach löblicher hergebrachter Gewohnheit der Kirchen verſtattet wird, keinesweges anzumaſſen, ſondern mit dem Corpore, wie auch Agris minoris præbendæ und Decima in Kötger content zu ſeyn.„ Man wendet aber dawider ein, daß als nach geſchloſſenem und exequirten Frieden der Cardinal Franz Wilhelm dem Canonico von Beeſten ein gleiches Recht mit den Catholiſchen ſtreitig gemachet, weil ſeine Religion ihm nicht verſtattete, denen Statutis ein Genügen zu leiſten, ſelbigen jedoch endlich die mehreſte Canonicalaufkünfte ſamt einer Curie eingeräumet habe, dieſer ſich dagegen bewegen laſſen, zu bekennen, daß die Statuta eccleſiæ ihm 1624 nicht verſtattet hätten, eine Curie zu optiren, wodurch derſelbe ſeinen Nachfolgern nichts vergeben können. Es iſt auch ſeine Confeſſio vielmehr juris als facti, und jene ſchadet niemand, wann ſie irrig iſt. Daher denn auch ein anderer Evangeliſcher Canonicus, der von Mauterode, dieſen Revers angefochten, welchen der Evangeliſche Biſchof aber deswegen hülflos gelaſſen, weil er der ihm mangelnden Nachrichten halber nicht darthun können, daß der von Beeſten 1624 eine Præbendam majorem gehabt. Demſelben iſt jedoch reſerviret, dasjenige an Hand zu geben, wodurch ihm ohne Abbruch der Capitulation geholfen werden könne, mithin beſſerer Beweis vorbehalten. Endlich hat der jetztlebende Canonicus ſeiner Unterſchrift des Reverſes die Worte hinbey gefüget: Supra ſcriptis ita ſuppoſitis; und darauf kömt es auch lediglich an, ob nemlich der Status anni decretorii dergeſtalt beſchaffen geweſen, wie das Capitul vorgiebet? welches aus den Protocollis und andern Stiftiſchen Urkunden zu erſehen ſeyn muß. Dieſe iſt das Capitul dem Evangeliſchen Canonico zu ediren ſchuldig, und wenn daraus wahrzunehmen, daß der von Beeſten eine Ma-

Er kann ſeinen Nachfolgern durch Reverſe die auf irrige Suppoſita gegründet ſind, nichts vergeben.

jor-Präbende gehabt, ſo können die das Gegentheil ſupponirende Reverſe der Evangeliſchen Canonicorum ihrer Nachfolger Rechte nicht ſchmälern.

§. V.

Die Evangeliſche Domherrn haben das Recht, den Biſchof mit zu wählen.

Was endlich 3) die Evangeliſche Domherren anlanget, ſo wird ihnen entgegen geſetzet, es muſten die Wählende nach den Päbſtlichen Rechten wenigſtens Subdiaconi ſeyn. Aber dieſes Recht verbindet die Evangeliſche keinesweges, ſofern es mit ihrer Glaubenslehre nicht überein kömt. Selbige verwirft den Subdiaconatum, und verſtattet nicht, daß man jemand ordinire, der keinen Beruf hat, actus miniſteriales zu verrichten, woran es den Domherren fehlet. Kann man den Evangeliſchen nehmen, was ihnen das jus Canonicum verſaget, ſo ſind ſie aller Präbenden unfähig, deſſen Gegentheil der Weſtphäliſche Friedensſchluß auſſer Zweifel ſtellet. Es iſt auch, wie ſchon erwehnet, in der Oßnabrückiſchen perpetuirlichen Capitulation ausdrücklich verſehen, daß man die Evangeliſche Canonicos mit Statuten und Juramenten, ſo eines jeden Religion und Gewiſſen zuwider, nicht graviren ſolle. Sind ſie davon diſpenſiret, ſo muß deren unterlaſſene Befolgung ihnen ganz unſchädlich ſeyn. Die Wahl eines Evangeliſchen Biſchofes geſchiehet überhaupt wider die Canoniſche Rechte. Wie kann man denn begehren, daß ſie auf die in ſelbigen vorgeſchriebene, den Principiis Evangelicorum ungemäſſe Weiſe verrichtet werden ſolle?

CLXXXV. Bedenken.

Von Schutzherrſchaften.

§. I.

Worin der zu leiſtende Schutz beſtehet.

Daß ein Reichsſtand den andern, oder auch wohl eines andern Unterthanen in Schutz nimt, iſt zur Zeit des Fauſtrechts von gröſſerm Nutzen geweſen, als anjetzt, jedoch auch heutiges Tages nicht ohne Wirkung. Nachdem der Weg Rechtens im Reich wieder eröfnet, und die Selbſthülfe verboten worden, darf zwar kein Schutzverwandter dem Schutzherrn anmuthen, ihm ſeine Feinde bekriegen zu helfen, wenn richterliche Hülfe zu haben iſt. Da aber die gemeine Rechte einem jeden erlauben, ſeinen Beſitz beſtens zu vertheidigen, und demjenigen, der ihn gewaltthätig aus ſelbigen verdringet, ſofort wieder herauszuwerfen, auch dem, der mit Thätlichkeiten den Anfang machet, auf eben die Weiſe zu begegnen, ſo iſt in ſolchen Fällen ein thätlicher Schutz erlaubet, und den Schutzverwandten nicht zu verſagen.

§. II.

Es wird das Durchl. Haus Braunſchweig und Lüneburg vom Abt zu Corvey beliehen mit der edlen Vogtey dieſes Stifts, mit allen Herrlichkeiten, Ritterſchaft, Mannſchaft und Zubehörungen (a). Sie ſoll ehemals denen Grafen von Daſſel zugeſtanden haben, und im XVI. Jahrhundert an die Herzoge kommen ſeyn (b). Schon 1488 beliehe aber Hermann Abt zu Corvey, auf Graf Moritzen zu Pyrmont Tod, Herzog Wilhelm zu Braunſchweig mit der Vogtey über ſein Stift (c); durch welches Geding ſie alſo an das Durchlauchtigſte Haus kommen (d). Corvey erkennet auch die Landgrafen von Heſſen für ſeine Schutzherren, und theilte Landgraf Philip 1562 im Teſtament ſeinem älteſten Sohn Landgraf Wilhelm mit zu, den Schutz, Oefnung und andere Gerechtigkeiten an dem Stift Corvey und der Stadt Höxar (e)." Es hat auch das Stift dieſes Schutzes halber jüngſthin Heßiſchen Schutz wider Paderborn begehret und erhalten. Gleichwie von mehren Fürſten Garantien bedungen werden können, ſo beſtehen auch mehre dergleichen Schutzgerechtigkeiten wohl mit einander. Wenn aber einer Advocatie die Gerichtbarkeit, das Beſatzungsrecht und ſonſt ſolche Befugniſſe ankleben, die ohne des Schutzherrn Nachtheil ein anderer nicht mit üben kann, ſo müſſen ſie ihm allein verbleiben.

Von der edlen Vogtey des Stifts Corvey.

(a) LEYSER in Addit. ad Wismanni Diſſ. de Feudis Brunſuicenſibus & Lüneburgicis §. 22.

(b) GOEBELS Nebenſtunden Part. II. p. 224.

(c) LÜNIGS Reichsarchiv Tom. XIX. p. 919.

(d) Herr ESTORS Elem. Jur. publ. Haſſiaci p. 247.

(e) LÜNIG d. l. Tom. IX. p. 780.

§. III.

In der Stadt Höxter hat das Durchl. Haus Braunſchweig beſondere Rechte. Der Abt Tymmo verliehe 1265, ad liberam reſignationem Comitis Hermanni de Pyromundt, Herzog Albrecht und Johann zu Braunſchweig Advocatiam Huxarienſis Civitatis infra muros (a). Dieſe Vogtey beſtunde aber ſowol in einer Schutzherrſchaft, als in einem richterlichen Amt, und behauptete Herzog Henrich der jüngere 1540, daß ihm die Blutgerichte zu Höxter zuſtändig, und er daſelbſt merum imperium, Gericht und Obrigkeit habe, einen Vogt ſetze und entſetze, Gerichtsgefälle empfange und aufnehme (b); imgleichen 1671 Herzog

Von der Schutzgerechtigkeit über die Stadt Höxter.

Rudolph Auguſt, daß ihm die in der Stadt Höxter zuſtehende edle Vogtey und Halsgericht (welches der Herr Abt Caſparus in dem Anno 1575 errichteten Vertrage dem Fürſtlichen Hauſe expreſſe zugeſtanden, man auch in wirklichen Exercitio deſſelben bis auf die Turbation je und allewege begriffen geweſen) durch die Confuſion der Jurisdiction gänzlich abgeſchnitten worden (c). Die Schutzgerechtigkeit maſſete ſich im XVI. Jahrhundert Landgraf Philip zu Heſſen an, und Herzog Henrich beſchwerte ſich nicht ſowol darüber, als über deren unbillige Ausdehnung in folgenden Worten: „Aber ein ſchön Argument iſt, das der Landgraf führet, er ſey derſelbigen Stadt Schirmherr, darum müſſe ſie ſich nach ihm richten. Unſere Vorfahren und wir ſeyn derſelbigen Stadt eben ſowol Schirmherr geweſen, gleichwol ſeyn ſie uns nicht weniger oder mehr, als zuvor, unterworfen geweſen. Wie wir auch in andern Städten Erbſchutzherr ſeyn, und darum gleichwol wider ſie kein Imperium oder Gebiet haben (d).„ Vermuthlich hat ihm die Stadt den Schutz aufgekündiget, und weil ſie die evangeliſche Religion angenommen, mithin von dieſem eifrig catholiſchen Herrn mehr Böſes als Gutes erwartete, ſich die Protection des Landgrafen bedungen. Jedoch iſt ſelbige 1548 wieder in den Braunſchweigiſchen Schutz genommen. Darüber entunde 1671 eine beſchwerliche Irrung zwiſchen Herzog Rudolph Auguſt zu Braunſchweig-Wolfenbüttel, und Biſchof Chriſtoph Bernhard zu Münſter, als Adminiſtratoren des Stifts Corvey, weil jener vermöge der Schutzherrſchaft die Stadt mit 500 Mann zu Fuß und 120 zu Pferde beſetzte. In Gefolg des getroffenen Vergleichs wurde zwar die Beſatzung abgeführet. Der Herzog reſervirte ſich aber die Schutzgerechtigkeit.

(a) LÜNIGS Reichsarchiv Tom. XIX. p. 910.

(b) HORTLEDER von den Urſachen des teutſchen Krieges Lib. 4. C. 6. n. 76.

(c) LONDORP Acta publica Tom. IX. p. 748.

(d) HORTLEDER d. l.

(e) LONDORP d l.

§. IV.

Von der Schutzgerechtigkeit über die Stadt Hildesheim.

Die Herren Herzoge von Braunſchweig und Lüneburg ſind auch Schutzherren der Stadt Hildesheim. Es übernahm 1331 Herzog Otto deren Schutz auf fünf Jahr gegen jährliche 100 Mark Silbers. Dieſer Vertrag wurde erneuert 1440 von Herzog Otten, 1454 von Herzog Friedrich, 1489 und 1499 von

von Herzog Henrich, auch 1512 von Herzog Erich. Im Quedlinburgiſchen Vergleich von 1520 iſt Art. 3. verſehen, „daß die Stadt Hildesheim in Herzog Erichs Schutz, auch bey allen Gnaden, Freyheiten und Privilegien bleiben, und ſich des, und was von Schutzgelde nachſtellig, mit ſeiner Liebden vertragen ſolle.„ Dieſer Herr erneuerte den Schutz 1524, ſodann Herzog Ernſt 1525, Herzog Henrich 1539 und 1549, Herzog Erich 1561, Herzog Henrich Julius 1597, Herzog Friedrich Ulrich 1623, Herzog Chriſtian Ludewig 1643, Herzog Georg Wilhelm 1652, und als ſelbiger die Celliſche Regierung übernahm, behielte er zwar die Stadt in ſeinem Schutz. Sie vergliche ſich aber darüber auch mit Herzog Johann Friedrich zu Hannover, und 1705 wurde das Schutzbier auf ein gewiſſes Geldquantum behandelt, welches die Stadt noch bis auf dieſe Stunde dem Amt Calenberg entrichtet. In dem zwiſchen des Kayſers Majeſtät und dem Durchl. Hauſe Braunſchweig und Lüneburg am 9. April 1624 errichteten Receß iſt §. 42. verſehen, „daß wegen des Erbſchutzes durch dieſen Accord und Friedensſchluß keinem Theil ein mehres, als jedweder, und wie er es vor 1630 gehabt, gegeben, und keinem nichts benommen werden ſolle, ſondern einem jeden, ſo gut ſie es gehabt, beſeſſen, oder detiniret, gelaſſen werden ſolle.„

Biſchöflicher Seits wendet man wider die Schutzgerechtigkeit ein 1) daß eine der Fürſtlichen Territorialhoheit unterworfene Stadt ſich ohne Verlezung der güldenen Bulle Tit. 15. 16. in keines fremden Herren Schutz begeben könne; 2) der Quedlinburgiſche Vergleich durch die Cammergerichtliche Urtel von 1629 caßiret, und 3) im Braunſchweigiſchen Hauptreceß Art. 2. ausdrücklich verſehen ſey, daß den Fürſtenthümern Celle, Wolfenbüttel und Calenberg nur diejenige Jura in dem ſogenannten kleinern Stift Hildesheim (worin die Stadt belegen) gelaſſen werden ſolle, welche ihnen auſſerhalb des Quedlinburgiſchen Vertrages, und alſo vor 1519 zugeſtanden.

Es iſt aber 1) im Reichsabſchied von 1544 §. 83. ausdrücklich verordnet, „daß obwol kein Stand dem andern ſeine Unterthanen abpracticiren, oder wider ihre Obrigkeit in Schutz und Schirm nehmen ſolle, hiemit doch denjenigen, ſo hievor von Alter Schutz- und Schirmherren anzunehmen gehabt, hierdurch nichts benommen, und dieſelbe nicht gemeynet ſeyn ſollen; daher denn keinen Zweifel leidet, daß ein Fürſt in des andern Landen Schutzgerechtigkeiten haben könne.

Da 2) aus dem Angeführten erhellet, daß bereits von dem Quedlinburgiſchen Vertrage und dem Jahr 1519 das Haus Braunſchweig von undenk-

 lichen

lichen Jahren die Schutzgerechtigkeit über Hildesheim geübet hat; ſo hinderte ihn ſofern die Caſſation ſolches Vertrages nicht im mindeſten. Es iſt jedoch auch oben von mir dargethan, daß der Biſchof und das Domcapitul zu Hildesheim der Sententz von 1629 auf das Feyerlichſte renunciiret haben.

Endlich 3) handelt der Hauptreceß nicht von der Stadt Hildesheim, ſondern vom Lande, und denen im Amt Peina prätendirten Braunſchweigiſchen Gerechtſamen, weil daſelbſt Art. 2. der Stadt und des kleinern Stifts beſondere Meldung geſchiehet, mithin jene unter dieſen nicht begriffen wird.

CLXXXVI. Bedenken.

Von Endel-Stiegen und Neben-Hocken.

§. I.

Die Zehend-Freyheit der Endel-Stiegen und Neben-Hocken iſt durch die Chur-Braunſchweigiſche und Stift-Hildesheimiſche Landesgeſetze abgeſchaffet.

Es vermeynen die Zehendpflichtige an manchem Ort befugt zu ſeyn, in die am Ende jedes Stücks befindliche Stiege mehre Garben, als in die übrige, auch noch beſondere Neben-Hocken zu ſetzen, von welchen den Zehenden zu nehmen, ſie nicht verſtatten wollen. Solches iſt in der Chur-Braunſchweigiſchen Zehendordnung Art. 16. 17. 18. 19. 20. alſo verboten: „XVI. Damit auch die Verzehndtung ſo viel beſſer und leichter geſchehen, auch aller Unterſchleif ſo vielmehr verhütet werden möge, ſo ſollen hinkünftig die Hocken oder Haufen jedesmal nur aus 10, oder 20. oder wo die eilfte Garbe gegeben wird, aus 11, oder 22. Garben, welche, ſo viel möglich, von gleicher Gröſſe zu binden, geſetzet und gerichtet, und alles was hiewider von denen Zehndtpflichtigen zum Nachtheil des Zehndtherrn in Unſern Landen bisher vorgenommen worden, hiemit gänzlich abgethan und aufgehoben ſeyn. XVII. Inſonderheit werden hiemit abgeſchaffet die ſogenannte Endel-Stiege, welche an theils Orten bisher geſetzet, und zuweilen bis 30, 36, ja 38. Garben vergröſſert worden, geſtalt denn, wenn die Zehendpflichtige nichts deſtoweniger dieſer Verordnung zuwider, es ſey unter was Prätext es immer wolle, dergleichen Endel-Stiegen zu ſetzen, ſich gelüſten laſſen ſollten, der Zehndtherr daraus den Zehndten zu ziehen, allerdings berechtiget ſeyn ſoll. XVIII. Dieweil aber ſich nicht allezeit fügen will, daß bey Ende des Stücks die Garben mit denen Hocken oder Stiegen gleich aufgehen, ſondern einige Garben überbleiben, ſo ſoll der Zehendtpflichtige die dergeſtalt übrig bleibende Garben, wenn er dabey noch mehre Stücke liegen hat, zu denen auf dem daran ſtoſſenden Stücke nehmen, und mit denſelben

ſelben in volle Hocken ſetzen; wenn er aber dabey kein Land mehr hat, ſo werden ihm auf dem Ende ſeines Stücks diejenige Garben, welche über 10, oder 20. ſind, von dem Zehndten freygelaſſen, jedoch müſſen ſolche Garben auch nicht in doppelten Bändern, ſondern wie die übrige Garben auf dem Stücke in einfachen Bändern gebunden werden, geſtalt ſonſten wenn ſolche letztere Garben exceſſiv groß zum Präjuditz des Zehendherrn gebunden werden ſollten, dieſem frey ſtehen ſoll, dieſelbe aufzubinden, und davon ſeinen Zehndten zu nehmen. XIX. Wenn die Stücke ſo gar klein wären, daß darauf keine zehen groſſe Garben gebunden würden, und der Zehendtpflichtige kein Land dabey liegen hätte, davon die ermangelnde Garben erſetzet werden könnten, ſo muß der Zehendtpflichtige im Binden dahin ſehen, daß er die Garben ſo viel kleiner auf ſelbigem Stücke binde, damit der Zehendtherr die zehndte Garbe daraus bekommen könne, widrigenfalls ihm frey bleibet, die Garben aufzubinden, und ſeinen Zehndten daraus zu zu nehmen. XX. Es werden auch hiemit abgeſchaffet die an etlichen Orten bey denen Endel-Stiegen angeſetzte ſo genandte Kinder, oder aus 6, 7, 8, 9. Garben beſtehende Neben-Hocken, ſo von den Zehndtpflichtigen frey prätendiret werden, und ſoll der Zehndtherr, wenn ſich dergleichen Neben-Hocken finden ſollten, daraus den Zehndten zu nehmen befugt ſeyn (a);„ Und in der Hildesheimſchen Polizeyordnung Art. 80. iſt hievon verſehen: „Als auch aus einem ferners ohnleidentlichen Mißbrauch in unſerm Stift zu der Zehndtherrn nicht geringem Nachtheil auf einem jeden Zehendtbaren Stück Landes zwey enzele Stiege, und in denſelben vielmehr als 20 Garben geſetzet werden, welche, wann es gleich die zehnte in der Ordnung oder Zahl iſt, der Zehendtherr, Führer oder Mahler allemal fürbeygehen müſſen, ſo ſoll ſolches nunmehr gänzlichen verbotten, und die übrige Garben, ſo an der End Stiege befindlich, nicht allein dem Zehendtherren verfallen ſeyn, ſondern auch für eine jede übrige Garbe, ſo aus Vorſatz hinzugeſetzet wird, zehn Mgr. zur Strafe entrichtet und bezahlet werden, da auch hinführo die zehndte Stiege eben auf die Ende-Stiege fallen würde, ſoll der Zehendtführer dieſelbe wegführen, imgleichen auch von den übrigen Garben, ſo danebſt geſetzet, und das Kind genandt werden, den zehndten Theil zu nehmen befugt ſeyn, würde auch der Zehendherr oder Führer in Abführung des Zehendten, eine oder andere Stiege oder Garben umſtoſſen und nicht wieder aufrichten, ſo ſoll derſelbe jedesmal, und ſo oft darüber betreten wird, einen Floren zur Strafe geben.„

(a) Chur Braunſchweigiſche Landesordnungen Cap. IV. p. 1003. 1004.

§. II.

§. II.

Im Fürſtenthum Calenberg ſind jedoch einige übrig bleibende Garben Zehendfrey.

Die Calenbergiſche Landſchaft begehrte unterm 9. December 1739, 26. November 1740 und 1. December 1741, daß man mittelſt eines Patents denen Zehendtherren die Befugniß ertheilen möge, von allen Neben-Hocken, auch einzelnen Garben und Bunden, ſie ſtehen auf der Mitte des Zehendtpflichtigen Morgens oder am Ende deſſelbigen, und es mögen ſolcher Garben oder Bunde an der Zahl 5. und darunter, oder 6. und darüber, oder auch nur eine einzige Garbe ſeyn, den zehndten Theil zu nehmen. Königl. Landesregierung fande jedoch bedenklich, ſolchem Geſuch völlig Platz zu geben, und den Zehendtpflichtigen ein Recht zu entziehen, welches ihnen die Landesgeſetze mittheilen. Weil aber die Erfahrung lehrete, daß die in der Zehendordnung Art. 18 denenſelben eingeräumte Freyheit faſt überall gemißbraucht wurde, indem ſie das Korn vorſetzlich dergeſtalt binden, oder auch durch Verſteckung der Garben und andern Betrug veranlaſſen, daß die letzte Hocke nimmer völlig zehen Garben hält, ſondern ein anſehnlicher vom Zehendten befreyter Ueberſchuß bleibet, welchen Defraudationen billig ſo viel möglich vorgebeuget wird, ſo iſt in ſolcher Abſicht unterm 7 December 1742 verordnet, „daß an den Orten, wo kleines Band, und die Garben in einfache Seile gebunden werden, nur höchſtens auf einem Stück deren vier, an denjenigen Orten aber, wo groſſer Band hergebracht, und man die Garben in geſchürzte Seile bindet, nur 2 Garben vom Zehenden frey bleiben ſollen, wann nemlich der Zehendpflichtige keine mehre Stücke bey einander liegen hat, und alſo die auf dem einen übrig bleibende Garben auf das andere daran ſtoſſende nicht tragen kann, als welchenfalls dem Art. 18. der Zehendordnung gemäß zu verfahren.“

§. III.

Ob die Verjährung wider obangeführte Landesgeſetze ſtatt findet.

Im Stift Hildesheim iſt mehrmalen die Frage entſtanden: Ob wider die im §. I. angeführte Policeyordnung dem Zehendpflichtigen die Præſcriptio immemorialis zu ſtatten komme? Sie ſchützen vor, daß als die Ritterſchaft, welche zum Theil der Geiſtlichkeit den Zehenden giebet, das Recht Endelſtiegen zu ſetzen, nicht wollen fahren laſſen, der Geſetzgeber declariret habe, „daß er nicht gemeinet geweſen, auch noch nicht ſey, jemanden gegen das alte Herkommen zu präjudiciren.“ In Sachen der Herren von Steinberg zu Bodenburg wider die Stadt Bokenem erkandte die Stift-Hildesheimiſche Regierung am 12. Jun. 1728, „daß Klägere bey dem ihnen vor der Stadt Bokenem competirenden ohngeſchmälerten Zehendrecht, alles dawider beſchehenen unerheblichen Einwendens unge-

ungehindert, zu ſchützen, da hingegen Beklagte der Fürſtlichen Policeyordnung gemäß auf einem jeden Stück zehendbaren Landes nicht mehr denn 20 Garben, bey der darin benanten Strafe, in eine Endeſtiege zu ſetzen befugt, ſondern derſelben in allem gehorſamlich nachzukommen ſchuldig ſeynd.„ Dieſen Rechtsſpruch beſtätigte 1731 die Helmſtädtiſche Juriſtenfacultät, 1733 die Rintelſche und 1738 die Würzburgiſche. In den Rintelſchen Rationibus decidendi heiſſet es: „Demnach unerwieſen bleibet, daß dieſe Gewohnheit bey der Stadt Bokenem bereits ante publicationem der Polizeyordnung rechtlich hergebracht geweſen, welches doch die Landesfürſtliche Reſolutiones Gravaminum ausdrücklich erfordern, und ihm darin nicht eine bloße hier und da etwa übel eingeriſſene Gewohnheit in Setzung der qu. Ende-Stiegen, ſondern allein ein altes Herkommen, und ein erlangtes Jus quæſitum beſtätiget, auſſerdem aber es bey ſolcher Ordnung, wodurch die unbilligen Defraudationes und Unterſchlagung der Zehenten verhütet worden, nochmals lediglich gelaſſen, und nur dieſes gnädigſt verſprochen, daß diejenige, welche per legitimam præſcriptionem ein anders hergebracht zu haben vermeinten, darüber zuförderſt gehöret werden ſollten, in mehrern Betracht keine Obſervantia univerſalis contraria desfalls im ganzen Hochſtift Hildesheim weder tempore publicatæ Ord. Pol. vorhanden geweſen, noch anjetzo vorhanden iſt, da vielmehr, wie Beklagte ſelbſt zugeben müſſen, dem Art. 80. der Polizeyordnung an unterſchiedenen Orten noch bis dato gehorſamlich nachgelebet wird.„

Als bey dem Hildesheimſchen Amt Poppenburg zwiſchen dem Cloſter Wülfinghauſen und der Gemeinde zu Mehlde darüber Streit entſtunde, erhielte der Zehendtherr 1738 von der Leipziger Juriſtenfacultät ein obſiegliches Urtel, uud zwar deswegen, „weil wider den §. 80. der Polizeyordnung, als legem publicam prohibitivam, einige Præſcription mit Beſtande Rechtens nicht angezogen werden könne, auch wenn ſie von Anno 1666 erwieſen, als immemorialis nicht anzuſehen wäre, hingegen dergleichen zurück zu Verjährung von An. 1666 rechnen nunmehro wegen Länge der Zeit füglich nicht zu erweiſen, daher deßfalls durch Verſtattung eines unmöglichen Beweiſes die Sache aufzuhalten, bedenklich geweſen, zumalen eigentlich es hiebey auf eine ordentliche Einrichtung, und daß in fraudem des Zehendens, und dem Zehendherrn zum Präjuditz keine vortheilhafte Abtheilung des Getraides geſchehe, ankomme, und ſolches denen Landesgeſetzen gemäß ohne Weitläuftigkeit zu erörtern, über dieſes die Declaratoria ſolcher Polizeyordnung allzu general abgefaſſet, und wider ſelbige ſo wenig einen rechtmäßigen Behelf, als dasjenige, was andere Orte ausgeführet, als

res inter alios acta, ein Argumentum geben kann.„ Wie aber in der Leuterungsinſtanz die Acten nach Heidelberg geſandt wurden, erfolgte ein Reformatoria, welche die Urtelsfaſſer auf folgende Gründe baueten: „Betrachten wir hergegen 1) als eine abſeiten des Cloſters eingeſtandene Sache, daß die Gemeinde Mehde ante dictam ordinationem politicam in quieta poſſeſſione deren Endeſtiegen geweſen. 2) Daß beſagte Ordinatio (utpote, quæ decimarum præſcriptibilitatem immutare aut jus ex ipſa præſcriptione quæſitum auferre noluit) erwehnte Gemeinde umb ſo weniger in ihrem Beſitz und guten Glauben geſtöhret, als vielmehr dieſe hoc ipſo darin geſtärket worden, weilen das Cloſter poſt publicatam ordinationem 60 und mehr Jahre ſtill geſeſſen, folgſam ſaltem tacite eingeſtanden hat, es ſeye die Poſſeſſio ſo beſchaffen, daß dieſelbe ex edicto hoc Maximilianeo nicht impugniret werden möge. Wenigſtens hat ſolches 3) mehr beſagte Gemeinde mit deſto feſtern Vertrauen glauben können, da præter diuturnitatem ſilentii ſexagenarii, noch hinzugekommen, daß, als das vom Cloſter Wülfinghauſen kaum erlegene Haus Wittenburg (ſo ehedeſſen ebenfalls ein Cloſter geweſen) mit der Stadt Eltze quoad eandem prorſus decimarum cauſam in Proceß gerathen, ſo fort in Camera Wetzlarienſi ab- und zur Ruhe verwieſen worden, dieſem allen man ex parte Leuteratorum zugeſehen, und ſich keineswegen gereget habe: geſtalten hieraus der obberührte Conſenſus tacitus ſich umb ſo handgreiflicher eruiren läſſet, da in actis nicht widerſprochen wird, daß ſo gar ſichere denen Einwohnern der Gemeinde Mehde zugehörige Morgenzahl in dem Eltzer Diſtrict gelegen, folgſam gleichen Rechtens zu achten ſeye. Da dann alſo 4) Terminus inchoatæ poſſeſſionis ohnbekand, mithin immemorialis, auch bona fides (juxta deducta) nicht interrumpiret, vielmehr beſtärket worden: ſo ſeynd wir der einhelligen Meinung, es ſey Sententia a qua lediglich zu reformiren, mithin das Cloſter Wülfinghauſen (compenſatis tamen expenſis) ab und zur Ruhe zu verweiſen, folgſam die prämittirte Sententia zu publiciren. Von dieſem Erkentniß appellirte das Cloſter an die Stift Hildesheimſche Regierung, welche am 17. Mart. 1742 erkandte, daß in letzterer Inſtanz übel geſprochen, wohl appelliret, derowegen die Urtel vom 13. May p. a. zu reformiren, und hergegen es bey der am 1. Auguſt 1738 vom Amt Poppenburg publicirten Sentenz zu laſſen ſey. Die Zehendtpflichtige wendeten ſich darauf an das Kayſerl. Cammergericht, welches aber die Hildesheimſche Urtel am 3. October 1750 beſtätigte, auch der Appellanten Reſtitutionsgeſuch am 7. Julii 1753 verwarf. Die Rationes decidendi finden ſich in des Herrn B. von CRAMER Opuſculis Tom. II. und ergeben, daß der Herr Referent die Præſcriptionem immemorialem nicht nur für unerwieſen, ſondern auch dafür gehalten, daß ſolche nichts wirken könnte,

te, wenn ſie erwieſen würde, weil durch die Polizeyordnung ein unleidentlicher Mißbrauch abgeſchaffet ſey.

§. IV.

Aus dem Angeführten erhellet, wie von einigen wider die Zehendtpflichtige nur deswegen erkandt worden, weil ſie kein rechtliches Herkommen erwieſen, noch erweiſen könnten, andere aber dafür gehalten, daß gar keine Verjährung zu beobachten ſey.

Das Geſetz interrumpiret in dieſem Fall auch die praeſcriptionem immemorialem.

Nun abſehe ich zwar nicht, warum die Freyheit von einem Theil des Zehendtens durch ſelbige weniger erlanget werden könne, als die gänzliche Zehendtfreyheit. Die gemeine Wolfahrt leidet keinen Abbruch, wenn dem Zehendtherrn etwas entgehet. Sie erfordert vielmehr vorzüglich für die Zehendpflichtige zu ſorgen, weil dieſe gröſtentheils die gemeine Laſten tragen. Manche von Adel und andere rechtſchaffene Leute, die den Zehendten entrichten müſſen, ſind auch keines Betruges verdächtig. Es iſt jedoch gewiß, daß die Endel-Stiegen und Neben-Hocken zu vielen Betrügereyen und Verkürzungen des Zehendtrechts Anlaß geben, auch daß dieſelbe, wenigſtens in der Maaſſe, worin ſie behauptet werden wollen, an den mehreſten Orten, durch der Zehendtſamler Verſäumniß oder Bosheit eingeſchlichen ſind. Die Geſetzgeber haben vorausgeſetzet, daß kein rechtliches Herkommen zu vermuthen, und daher die Endel-Stiegen in regula gänzlich abgeſchaffet, mithin findet dasjenige allhier keine Anwendung, was ich oben geſaget habe.

Es kann jedoch, wie gleichfalls eben angemerket iſt, in keine Abrede geſtellet werden, daß der Zehendtflichtige Endel-Stiegen ſetzen könne, ohne ſich der mindeſten Betrügerey theilhaftig zu machen. Als daher Churfürſten Maximilian Henrich vorgeſtellet wurde, daß denen ſolche Befugniß billig gegönnet werde, welche ſie rechtlich erworben haben, ſo räumte er zwar ſolches ein. Gabe aber nicht zugleich nach, daß diejenige, welche ein ſolches Jus quæſitum 1666 ohne allen Beweiß vorſchützten, die Polizeyordnung unbefolget laſſen könnten. Eine Poſſeſſio immemorialis wirket nur alsdenn die Vermuthung einer rechtlich erlangten Befugniß, wenn ſie ruhig und unwiderſprochen iſt (a). So wenig diejenige, die durch ein Geſetz, als welche durch ein beſonders Verbot jemanden unterſaget worden, iſt ruhig, mithin interrumpiret beydes die Præſcriptionem immemorialem, welche ſonſt leichter zu erweiſen wäre, als die Ordinaria.

(a) KRESS de Genuina natura & indole vetuſtatis C. 3. §. 4.

CLXXXVII. Bedenken.

Von dem angemaſſeten Münſterſchen Beſatzungsrecht im Schloß Bentheim.

§. I.

Graf Ernſt Wilhelm von Bentheim nahm wegen der mit ſeiner Gemahlin entſtandenen Streitigkeiten eine Münſterſche Beſatzung in das Schloß Bentheim.

Es hat ſich der Graf Ernſt Wilhelm von Bentheim 1668 von dem Biſchof Chriſtoph Bernhard zu Münſter bewegen laſſen, die Catholiſche Religion anzunehmen, und man hoffete, daß deſſen Gemahlin die Getrud von Zelſt ſeinem Exempel folgen würde. In ſolcher Zuverſicht brachte es der Biſchof beym Kayſer Leopold dahin, daß ſelbige in den Grafenſtand erhoben wurde. Sie bliebe aber mit einer unerwarteten Standhaftigkeit der reformirten Religion zugethan, ſchickte ihre vier Söhne nach Ober-Yſſel, und drohete dem im Münſter-Lande befindlichen Grafen, daß er bey der Wiederkunft ſein Schloß nicht offen, und mit einer fremden Garniſon beſetzet finden ſollte. Der Biſchof, welcher fürchtete, es mögten die Holländer auf der Gräfin Getrieb ſich deſſen bemächtigen, kam ihnen zuvor, führte den Grafen mit gewafneter Hand nach Bentheim, und beſetzte das Schloß mit ſeinen Truppen, wie ſolches alles der Münſterſche Geheimte Rath und Vicarius generalis in Spiritualibus von ALPEN in ſeinem Buch de Vita & rebus geſtis Chriſtophori Bernardi Epiſcopi & Principis Monaſterienſis Part. II. Lib. 6. n. 28. 29. 30. 31. 32. erzählet. Um von dem Grafen zu erlangen, daß er dieſe Garniſon im Schloß behielte, wurde ihm durch des Biſchofs Reverſales vom 6. September 1668 verſprochen, daß ſie Sr. Kayſerl. Maj., dem Weſtphäliſchen Craiſe, und ihm dem Grafen von Bentheim vereydet, deren Unterhalt aus des Craiſes Mitteln angeſchaffet, und weder dem Grafen, noch der Grafſchaft deswegen etwas angerechnet werden ſollte.

§. II.

Nach Endſchaft dieſer Streitigkeiten begehrte Graf Arnold Moritz deren Abführung.

So lange die Irrungen zwiſchen dem Grafen, ſeiner Gemahlin und Söhnen daurete, muſten die Sachen in dieſer Situation bleiben. Denn jener bedurfte des Münſterſchen Schutzes wider dieſe, deren ſich die Holländer eifrigſt annahmen. N ch des Grafen Tode wurden die Streitigkeiten aber durch den Bielefeldiſchen Vergleich 1691 beygeleget, und darauf begehrte ſogleich der Nachfolger in der Regierung Graf Arnold Moritz, daß die Münſterſche Beſatzung abgeführet werden mögte. Selbiger ſchriebe am 20. Junii 1694 an den

Biſchof Friedrich Chriſtian, „e, würde ſich erinnern, daß von ihm oft und vielmal remonſtriret worden, wie hart ſeine arme Unterthanen die Garniſon drücke, und daß der Reſidenzflecken zu Grunde gehen müſſe, wenn darin nicht remediret würde.„ Weil aber bald nachher neue Streitigkeiten entſtunden, maſſen der Bielefeldiſche Vertrag von des Graf Ernſt Wilhelms Söhnen angefochten, und ſie durch die Holländer unterſtützet wurden, ſo bedurfte der Graf von Bentheim der Münſterſchen Hülfe, und hatte alſo keine Urſach, die Wegſchaffung der fremden Truppen zu begehren. Endlich erwählten die Grafen von Bentheim und Steinfurt, König Wilhelm III. von Großbritannien zum Schiedsrichter; und dieſer machte durch das bekannte Haagiſche Laudum 1701. ihrem ganzen Streit ein Ende (a). In eben demſelben Jahr gieng der Graf Arnold Moritz mit Tode ab, und hinterließ einen achtjährigen Nachfolger, den Grafen Hermann Friedrich, welcher blödſinnig war; daher dem Biſchof zu Münſter die Adminiſtration des Landes aufgetragen wurde, mithin konnte man zu dieſer Zeit die Gerechtſame des Gräfl. Hauſes wider das Stift Münſter nicht behaupten.

(a) Lünigs Reichsarchiv Tom. XI. p. 513.

§. III.

Wie auch Graf Hermann Friederichs Fürſtliche Wittwe, und Graf Friederich Carl.

Es hat jedoch beſagten Grafens Wittwe eine gebohrne Prinzeßin von Heſſen-Rheinfels es dahin gebracht, daß durch die Concluſa Cæſarea vom 8. Auguſt 1736 und 15. April 1737 Sr. Churfürſtl. Durchl. zu Cöln auferleget worden, die Münſterſche Beſatzung abzuführen, welches aber nicht geſchehen. So bald der jetzige Graf Friedrich Carl die Regierung angetreten, wandte er 1743 alle Mühe an, ſich dieſer Garniſon zu entledigen, und thate Sr. Churfürſtl. Durchl. von Cöln zu ſolchem Behuf die nachdrücklichſte Vorſtellungen, aber vergebens. Als auch Se. Königl. Maj. von Großbritannien, nach erlangtem Beſitz der Grafſchaft, deren Abführung begehrten, wurde ſie deswegen verweigert, „weil ohne Einſtimmung der mitintereſſirten Churfürſten zu Brandenburg und Pfalz, als Crayß-ausſchreibender Fürſten, hierunter keine Entſchlieſſung gefaſſet werden könnte, und die obangeführte Reichs-Hofraths-Concluſa erſchnellet wären, wie man bereits vorgeſtellet habe, und dem ganzen Römiſchen Reich vor Augen zu legen, beſtand ſey.„

§. IV.

Die Verjährung kömt dem Stift Münſter nicht zu ſtatten.

Die Münſterſche Einwendungen ſind nun folgende:

Es ſoll erſtlich die Verjährung dem Stift Münſter zu ſtatten kommen, weil von ſelbigem das Beſatzungsrecht ſeit 1668 geübet worden, und zwar über 60. Jahr nach beygelegter Streitigkeit, welche zwiſchen denen Grafen ehemals obwaltete.

Allein wenn wie Münſterſche Garniſon zu Bentheim ſich wegen des Römiſchen Reichs, gewiſſer nicht immer daurender Umſtände halber, befunden, wie man Stiftiſcher Seits immer vorgegeben, ſo kann dem Stift, welches nur alieno nomine das Schloß beſetzet hat, unmöglich ein immerwährendes Recht durch die Verjährung zu Theil worden ſeyn, als welche erfordert, daß die angemaſſete Befugniß von dem Beſitzer, wie ſein eigenes Recht geübet worden (a). Es fehlet daher an einem Titulo ad acquirendam ſervitutem juris publici habili, und fällt in die Augen, daß derjenige invalidus iſt, welchen das Stift Münſter anführet (b). Selbiges konnte auch propter defectum bonæ fidei keine Jura realia durch die Verjährung erlangen (c), noch cauſam poſſeſſionis verändern, und aus denen auf das Schloß gelegten Crayßtruppen, Münſterſche Truppen machen. Eine ganz andere Abſicht haben die Biſchöffe bey aller Gelegenheit geäuſſert, und verweigerte Biſchof Friedrich Chriſtian 1694 nur deswegen ſeine Truppen abzuführen, „weil bey noch währenden Kriegestroublen ſich nicht allein allerhand ohnverſehene Incidentia leicht eräugnen und hervorthun könnten, ſondern ſeines Begrifs auch die Urſachen, warum die Garniſon aufs Schloß genommen worden, noch allerdings nicht ceßirten;„ mithin keineswegs eines angemaßten immerwährenden Münſterſchen Beſatzungsrechts halber. Auch entſchuldigte ſich Biſchof Franz Arnold die verweigerte Zurückberufung der Garniſon mit dem Jure alieno und dem Kayſerl. Befehl, Kraft deſſen das Schloß beſetzet ſey, und ohne welchen es nicht wieder geräumet werden könne. Se. Churfürſtl. Durchl. zu Cöln führen eben die Sprache in dem an S. Königl. Majeſt. von Großbrittannien abgelaſſenen Antwortſchreiben vom 2. Sept. 1753, wenn Sie ſich vernehmen laſſen, „es beträfe die Sache des Römiſchen Reichs und inſonderheit des ganzen Weſtphäliſchen Craiſes Intereſſe, als von wegen derenſelben mehr bedeutete Garniſon allda beſtehe, und dieſen nicht minder, als einem zeitlichen Grafen verpflichtet ſey.„ Der Münſterſche Beſitz hat auch noch nicht ſo lange gedauret, daß er eine Verjährung wirken können, weil ſelbige in pupillari ætate der Grafen Herman Friedrichs und Friedrich Carls al-

len.

lenfalls zu laufen aufgehöret, und 1736 durch das Kayſerl. Erkentniß interrumpiret worden

(a) SCHNEIDEWIN ad §. fin. Inſt. de Servitutibus rusticorum & urbanorum prædiorum n. 12. COCCEIUS de Præſcriptione extraordinaria §. 19. 20. 21.

(b) LUDOLF Symp. Vol. II. Conſt. XI. p. 654.

(c) WERNHER Part. III. Obſ. 73. n. 2. 3. LUDOLF d. l.

§. V.

Das vorgegebene Münſterſche Protectorium wirket kein Beſatzungsrecht, und gründet ſich weder in einer Kayſerl. Erkentniß.

Die zweyte Münſterſche Einwendung beſtehet darin, daß dem Biſchof Chriſtoph Bernhard von Kayſer'. Maj. die Protection des Grafen von Bentheim aufgegeben ſey, ohne Einſchränkung auf die Unruhe, welche der Streit mit deſſen Gemahlin und Söhnen veranlaſſete.

Es iſt aber 1) dergleichen Protection ein perſönliches Werk, welches mit dem Leben des Protectors ein Ende nimt (a): weswegen, als Se. Churfürſtl. Durchl. zu Cölln ein Conſervatorium in Oſtfrießland vollſtrecken wollten, welches von Weyland Kayſer Leopold auf den Biſchof zu Münſter als Crais-ausſchreibenden Fürſten 1687 erkand war, Se. Kayſerl. Maj. in dem Reſcripto vom 18. Aug. 1721 dieſelbe bedeudeten, „daß ſolches durch verſchiedene ſowohl bey der Kayſerl. Regierung, als auch dem Crais-ausſchreibenden Fürſten ſich ergebene Veränderungen an ſich ſelbſt erloſchen ſey (b).“

Ueberdem führte die Protection kein Beſatzungsrecht mit ſich, und man darf niemanden den Schutz, welchen er nicht verlanget, aufdringen (c). Zwar hilt MAGER de Advocatia armata C. XI. num. 86 dafür, Clientes non ſolum auxilium implorantes & volentes, ſed etiam invitos a protectoribus eſſe defendendos, ubi protector ſua intereſſe putat. Er redet aber auſſer Zweifel von Erb-Schutzherren, denen man den Schutz nicht aufkündigen kann, und ſeine Lehre iſt offenbar irrig, wenn er ſie weiter ausdehnet.

(a) NULTZIUS in Repræſentatione majeſtatis imperatoriæ Part. II. Cap. 6. n. 54.

(b) Merkwürdige Reichshofraths-Concluſa Tom. II. p. 581.

(c) MYLER de Principibus & Statibus imperii Part. I. C. 18. n. 13. LUDOLF Obſ. for. 81. §. 3.

§. VI.

§. VI.

Noch in dem letzten Willen des Grafen Ernſt Wilhelms.

Auch will 3) das Münſterſche Domcapitul behaupten, es ſey in Graf Ernſt Wilhelms Teſtament dem Stift Münſter die beſtändige Schutzgerechtigkeit übertragen, und man kann für deſſen Einſicht von dieſem Behelf nicht gründlich urtheilen. Die Worte des Teſtirers müſſen jedoch dem Hochſtift nicht ſehr zu ſtatten kommen, weil es vorſchützet, in teſtamentis mentem teſtatoris magis, quam verba inſpicienda eſſe. Allenfalls klebet dieſer Schutzgerechtigkeit, wie ſchon geſaget, kein Beſatzungsrecht an, und der Schutzherr darf ſich in die Landesregierung nicht miſchen, weil Schutz und Schirm keine Obrigkeit giebet (a).

(a) Knipschild de Civitatibus imperialibus C. 2. C. 24. n. 64. Ludolf d. l. §. 1.

§. VII.

Die Grafſchaft Bentheim iſt dem Stift Münſter auf keine Weiſe unterworfen.

Man ſchützet viertens vor, daß die Grafen von Bentheim vor Zeiten auf den Münſterſchen Landtagen erſchienen, und daß Graf Bernard 1387 ein Münſterſcher Vaſall geweſen, Graf Everwien aber ſich 1452 unter Münſterſchen Schutz begeben habe.

Es läuft nun 1) dieſes Vorgeben demjenigen entgegen, was beym Kayſerl. Cammergericht in Sachen Bentheim Steinfurt wider den Biſchof von Münſter vom Letztern eifrigſt behauptet worden. Als nemlich der Graf dem ſeine Unmittelbarkeit anfechtenden Hochſtift entgegenſetzte, daß er zu Reichstagen gefordert worden, Reichsdienſte geleiſtet, und Reichsanlagen entrichtet habe, ſo erwiederte man Biſchöfl. Seits, es ſey ſolches wegen der Grafſchaft Bentheim geſchehen; wegen Steinfurt aber hätte ſich der Graf auf den Münſterſchen Landtagen eingefunden, und heiſſet es in der 1691 zum Druck beförderten Fürſtl. Münſterſchen ſummariſchen Deduction und Vorſtellung: „Ob zwar die Herren von Steinfurt von Kayſer Friedrich anno 1488 und von Kayſer Maximiliano 1492 & 1494 ad Comitia berufen, auch ad matriculam imperii und Reichsanſchlag beſage der Extractuum de 1431. 1467 und 1480 gebracht worden ſeyn ſollen, ſo ſind doch die Ausſchreiben beſagter Römiſchen Kayſer nicht zum Vorſchein kommen, und glaubet man, es ſeyn ſolche an die Grafen von Bentheim, nicht aber an Benthheim Steinfurt ergangen; und eben dieſe Bewandniß hat es mit den Matriculn (b); Daher denn auch der Referens Cameralis ſchreibet, in Comitatum Bentheimenſem nihil juris ab Epiſcopis unquam prætenſum eſſe (c).

Daß

Daß aber auch die Erſcheinung auf dem Landtage nicht immer ein Beweis der Landſäſſerey iſt, ſondern ſelbige vielfältig von denjenigen geſchiehet, denen an der Erhaltung eines Landes gelegen, habe ich in meinen Nebenſtunden Part. IV. dargethan.

Wenn gleich 3) Graf Everwien 1452 in Münſterſchem Schutz geweſen, ſo folget nicht, daß er darin bleiben müſſen, und wirklich geblieben ſey. Vielmehr ſtunde ſelbiger laut einer beym Kayſerl. Cammergericht producirten Urkunde mit Biſchof Henrich von Münſter 1489 in einem beſondern Bündniß (d), deſſen es nicht bedurft hätte, wenn er ſich 1454 in des Stifts immerwährenden Schutz begeben.

(a) LUDOLF Symph. Vol. III. Part. III. p. 84. 103. 104.

(b) Ibid. p. 422.

(c) Ibid p. 411. (d) Ibid. p. 206. 207.

§. VIII.

Fünftens ſpannet man das Crais-Ausſchreib-Amt vor die Bruſt, und will vermöge deſſen behindern, daß Bentheim von Holländern und andern Benachbarten, dem Craiſe zum Nachtheil, beſetzet werde.

Dem Biſchof zu Münſter ſtehet vermöge ſeines Crais-Ausſchreib-Amts kein Beſatzungsrecht im Schloß Bentheim zu.

Nun läſſet ſich, was Biſchof Chriſtoph Bernhard gethan, damit einigermaſſen entſchuldigen, daß er Urſach zu fürchten gehabt, es mögte das Schloß in der Republic Holland, als einer fremden Macht, Hände kommen. Aber dieſe Furcht iſt längſt verſchwunden, und die Feſtung wird dem Reich eben ſowohl, ja wol ehe verbleiben, wenn des Königes von Großbritannien Majeſtät, als wenn der Biſchof zu Münſter ſelbige beſetzet. Es iſt reichskündig, wie patriotiſch ſich dieſelbe aller Schmälerung des Reichs widerſetzet, und die in den Reichsgeſetzen Grund habende Verfaſſung deſſelben zu erhalten ſuchen. Die Entfernung dero Reiche und Lande befreyet auch die Nachbarn von aller Furcht, daß man ihnen aus dieſem Schloß ſchaden mögte, weil eine dazu erforderliche Macht in der Grafſchaft Bentheim unmöglich erhalten, und daſelbſt Krieg geführet werden kann, wenn es nicht in ganz Weſtphalen geſchiehet. Solchenfalls aber bemächtiget ſich derjenige, welcher Meiſter im Felde iſt, dieſes nicht haltbaren Orts gar bald, wie die jüngere Erfahrung gelehret, da er ohne große

Mühe bald von den Chur-Braunſchweigiſchen, und bald von den Franzoſen eingenommen worden. Ueberdem ſind dergleichen entfernte Beſorgniſſen unzulänglich, es zu rechtfertigen, daß man jemanden das Seinige vorenthalte, und würde die größte Verwirrung daraus entſtehen, wenn der Crais, oder auch ein Reichsſtand eines andern Feſtungen wider ſeinen Willen beſetzen wollte, weil es möglich, daß ihm dermaleins daraus Schade zugefüget werde.

§. IX.

Das Stift Münſter kann mit Recht von dem Grafen von Bentheim keine Beſatzungskoſten fordern.

Daß Stift Münſter fordert ſechſtens allenfalls eine Genugthuung der hergeſchoſſenen etliche 100000 Rthl. betragenden Garniſonskoſten, und weil ſolcher Forderung des Biſchofs Chriſtoph Bernhard obangeführte Reverſales im Wege ſtehen, ſo will man behaupten, er habe ſich dem Stift zum Nachtheil, deren nicht begeben können.

Wenn aber 1) das Schloß dem Craiſe zum Beſten beſetzet iſt, ſo muß auch dieſer ſowol die Garniſonskoſten tragen, als er ſie bey Beſetzung der Stadt Cölln übernommen hat, der nur die Bezahlung der Quartiersgelder angemuthet worden. Die Subſidiengelder, welche für überlaſſene Truppen erhoben werden, gehören bekanntermaſſen dem Biſchof, und hätte alſo Biſchof Chriſtoph Bernhard dasjenige gebühret, was etwa der Graf Ernſt Wilhelm für die gebrauchte Münſterſche Miliz zu erlegen ſchuldig geweſen wäre, mithin befreyet ſelbigen wenigſtens auf dieſes Fürſtens Lebenszeit der erhaltene Revers. Einen ſolchen hat auch Biſchof Friedrich Chriſtian am 29. Octob. 1690 ausgeſtellet, und alſo ſind die Grafen bis 1706, da dieſer Herr geſtorben, freygeſprochen. Nach der Zeit aber iſt die Münſterſche Beſatzung wider ihren Willen, und ohne daß ſie den mindeſten Nutzen davon gehabt, zu Bentheim geblieben, folglich konnte man ihnen mit keinem Schein Rechtens anmuthen, daß ſie ſelbige unterhalten ſollten.

Inhalt
der
Rechtlichen Bedenken
Erſten Bandes.

Seite.

I. Ob ein Teutſcher Fürſt ſeiner Vorfahren in der Regierung Schulden zu bezahlen, und ihre Veräuſſerungen gelten zu laſſen verbunden iſt? 1

II. In welchen Fällen die Glieder einer Gemeinde für dieſebe zeugen können. 6

III. Von Sattel-Höfen. 10

IV. Ob ein Guthsherr von des verſtorbenen Meyers Kindern einen nach Willkühr mit dem Gut bemeyern könne? 11

V. Die gemeine Rechte theilen keinem Edelmann das Beneficium Competentiæ mit, und die Calenbergiſche Landesgeſetze nur den Lehnleuten, welche Ritterdienſte zu leiſten ſchuldig ſind. 12

VI. Auch des in Verfall gerathenen Lehnmanns Kindern ſind bey deſſen Lebzeiten Alimenta zu reichen, nicht aber nach ſeinem Tode, wenn nicht das Lehn auf ſie vererbfället worden. 14

VII. In welchen Fällen Salaria und Gnaden-Penſiones Objecta executionis ſind? 15

VIII. Die Verjährung eines dritten Beſitzers entkräftet es nicht, daß ſein Vorfahr eine fremde Sache wider beſſer Wiſſen verkaufet hat. 17

Seite.

IX. Von dem Nachlaß des Pachtgeldes, wegen des durch eine feindliche Ueberziehung den Pächtern verurſachten Schadens. 21

X. Wer in poſſeſſorio ſummariiſſimo unterlieget, kann ſofort in die Unkoſten vertheilet werden, und der Obſieg in ſelbigen befreyet niemand vor deren Erſetzung, wenn er in petitorio ſachfällig wird. 22

XI. Was der Schwiegervater währender Ehe dem Schwiegerſohn in Abſicht auf ſeine Tochter ſchenket, gehöret nicht jenem, ſondern deſſen Ehefrau. Es iſt aber im Zweifel für Paraphernalgut zu halten. 24

XII. Ein Beſitzer geiſtlicher und Rittergüther, der von aller Unpflicht befreyet iſt, genieſſet billig der Contributionsfreyheit. 26

XIII. Von der Devotione domeſtica, vermöge Inſtrumenti Pacis Weſtphalicæ Art. V. §. 34. 28

XIV. Ein Richter kann vermöge der Prorogation in Sachen erkennen, die ihrer Beſchaffenheit nach, ſonſt überall vor ihn nicht gehören. 30

XV. Der Diebſtahl iſt geſchehen, ſo bald ſich jemand fremden Guths bemächtiget hat, wenn ihm gleich ſolches abgenommen worden, bevor er es in ſeine Gewahrſam gebracht. 31

XVI. Demjenigen, wider welchen der Regreß genommen werden mag, iſt nicht jedesmahl Lis zu denuntiiren. 32

XVII. Ob der Käufer die Actionem ex emto oder Æſtimatoriam fallen laſſen, und die Redhibitoriam anſtellen könne? 35

XVIII. Die Beſtellung einer gerichtlichen Hypothek kann auch vor den Gerichten geſchehen, denen das verſchriebene Guth nicht unterworfen iſt. 38

XIX. Eine Hypotheca legalis bedarf vermöge der Conſtitution von 1712 keiner Ingroſſation, und ſie gehet der Hypothecæ publicæ poſteriori vor. 40

XX. Wer Korn auf dem Felde kaufet, muß die Gefahr übernehmen durch Unglücksfälle darum zu kommen, wenn er gleich mittelſt des Handels nur ſein dem Verkäufer hergeſchoſſenes Geld in Sicherheit zu ſtellen geſuchet. 41

XXI. Ein auſſergerichtlicher Widerſpruch, woran ſich niemand gekehret, interrumpiret keine Præſcriptionem rerum incorporalium. 43

XXII. Zur Legitimation eines Klägers wird der Beweis erfordert, daß nicht mehre, als er angiebet, an der Forderung Theil haben. 44

XXIII. Mit guthsherrlicher Genehmhaltung können im Fürſtenthum Grubenhagen Zubehörungen der Meyergüther veräuſſert werden, wenn dadurch dem Dienſtherrn nichts entgehet. 45

Seite.

XXIV. Von dem Verkauf eines Fundi dotalis mit der Frauen eidlichen Genehmhaltung. 47

XXV. Wer an der vollen Maſt ein Recht hat, von dem iſt nicht immer zu vermuthen, daß es ihm an der halben Maſt zuſtehe. 51

XXVI. Von den Pflichten unter des Feindes Bothmäſſigkeit gerathener Unterthanen, gegen ihren rechtmäſſigen Herrn. 52

XXVII. Von der Aufhebung eines Fideicommiſſi durch Verträge. 55

XXVIII. Wer ſich in poſſeſſione libertatis naturalis gründet, muß ſolche erweiſen, und der Poſſeſſor Servitutis lite pendente dabey geſchützet werden. 57

XXIX. Wer von den Amtsbeſcheiden im Fürſtenthum Callenberg appelliret, muß die Appellation bey der Königl. Hannöverſchen Juſtitzcanzley binnen 4 Wochen von Zeit der Interpoſition einführen. 58

XXX. In welchen Fällen zwey Teſtes non omni exceptione majores einen halben Beweiß machen. 59

XXXI. Eine Erläuterung der peinlichen Halsgerichtsordnung Art. 131. enthaltend. 61

XXXII. Derjenige, welcher ſich der Erbſchaft zum Beſten eines Dritten begiebet, wird des Verſtorbenen Erbe. 67

XXXIII. Die Koſten der Subhaſtation muß derjenige, welcher das Seinige auſſer dem Concurs erhält, keinesweges mit übernehmen, wenn er ſie nicht begehret hat. 68

XXXIV. Von der ſtillſchweigenden Erneuerung eines mündlich geſchloſſenen Miethcontracts. 69

XXXV. In welchen Fällen die Beſtimmung des Quanti einer zu erſetzenden Sache durch Klägers Eid geſchehen mag. 70

XXXVI. Die Rottländerey iſt im Zweifel vielmehr für Erbe, als Meyergut zu halten. Wer aber ein Stück Landes für Rottland ausgiebet, muß ſolche Qualität erweiſen. 72

XXXVII. Der Fiſcus gehet den ältern Creditoren nur in bonis poſt contractum cum eo initum quæſitis vor. 73

XXXVIII. Wem der Beweis oblieget, ob die fürhandene Güther des Cridarii vor oder nach deſſen mit dem Fiſco errichteten Contract von ihm erworben worden. 74

XXXIX. Wer im Stift Hildesheim zum feilen Kauf zu brauen berechtiget iſt, kann ſein Getränk im ganzen Lande, auch an den Orten verkaufen, wo

Seite.

wo es ſonſt nimmer geſchehen, wenn gleich deſſen Braugerechtigkeit in petitorio angefochten würde. 75

XL. Wer ſich als Selbſtſchuldner verſchrieben, kann das Beneficium Excuſſionis nicht gebrauchen. 77

XLI. Ob die den herrſchaftlichen Pächtern von dem Feinde abgepreßte Pachtgelder, welche annoch nicht fällig waren, der Königl. Rent- und Cloſtercammer in Rechnung gebracht werden können? 78

XLII. Von der Wirkung eines verweigerten Eides. 78

XLIII. Die Pertinentzien eines Baurenhofes ſind im Zweifel für Meyerguth zu halten, und wer behaupten will, daß ſie mit guthsherrlichen Conſens veräuſſert worden, muß ſolches erweiſen. 82

XLIV. Die Wiederabtretung eines zum Meyerguth gehörigen Stücks darf nicht unentgeldlich geſchehen, und wenn das ehmals erlegte Kaufgeld oder der Pfandſchilling unbekand, ſo iſt der wahre Werth dem bisherigen Beſitzer zu bezahlen. 83

XLV. Um den feindlichen Anforderungen ein Genügen zu leiſten, und dadurch die angedrohte Verheerung abzuwenden, mag eine Obrigkeit der Unterthanen Vermögen ohne deren Vorbewuſt und Willen dem Feinde liefern, welchenfalls nicht dieſelbe, ſondern diejenige, deren Habſeligkeit dadurch gerettet worden, die Eigenthümer der weggenommenen Sachen ſchadlos halten müſſen. 85

XLVI. Daß Eheleute einander erben, gründet ſich nicht in der Gemeinſchaft ihrer Güther. 86

XLVII. Wie viele Tage auf einen Monat bey Beurtheilung der Fatalien zu rechnen ſind. 88

XLVIII. Dem unehlichen Kinde ſeiner Tochter kann der Großvater nichts vermachen. 89

XLIX. Dafern bisher von einem Meyerguth nur nach des Meyers Abgang der Weinkauf entrichtet worden, ſo iſt ſelbiges nach Abgang des Guthsherren damit nicht zu beſchweren, wenn gleich aus Irrthum von deſſen Nachfolger ein neuer Meyerbrief angenommen, und etwas auf den Weinkauf bezahlet wäre. 90

L. Die Königl. Aemter im Fürſtenthum Calenberg ſind nicht befugt, auf Canzleyſäſſigen Höfen, Actus jurisdictionis criminalis auszuüben, ſondern dieſes mag nur die Königl. Juſtitzcanzley thun, oder es jemanden ſpecialiter committiren. 92

LI. Vom Beweis der Landesherrlichen Holzgerechtigkeit. 94

LII.

Seite.

LII. Von der Reſtitutione in integrum wegen des Advocaten und Procuratoris Verſehens. 99

LIII. Die Ausſteuer iſt ein Theil des Brautſchatzes. 100

LIV. Von gerichtlichen Beſtätigungen der Contracte. 102

LV. Die obrigkeitliche Gewalt der ungeſchloſſenen Gerichte im Fürſtenthum Calenberg iſt nicht auf gleiche Weiſe eingeſchränket. 106

LVI. Einem Negotiorum geſtori gebühren Zinſen auf Zinſen, wenn er ſich gleich ehemals in jure ceſſo des Gläubigers gegründet hat. 108

LVII. Von dem denen Töchtern aus dem Lehn gebührenden Brautſchatz. 109

LVIII. Wer, vor entſtandenem Concurs, zur Verbeſſerung der Güter des Cridarii etwas herleihet, und ſich eine Hypothek beſtellen läſſet, gehet andern ältern Gläubigern vor. 113

LIX. Niemand kann einem Factor ſicher Geld leihen, und mit ihm handeln, der ſich ſeine Inſtruction nicht vorzeigen laſſen. 114

LX. Vom Beweis der Lehnbarkeit. 115

LXI. Derjenige, welchem auferleget worden, ein eidliches Verzeichniß der bey ihm fürhandenen Erbſchaftsſtücke heraus zu geben, thut ſeiner Obliegenheit ein Genügen, wenn er ſchwöret, deren keine unter ſich zu haben. 118

LXII. Ob ein Fürſtl. Rath wegen ihm zuſtändiger Bürger-Güther Exceptionem primæ inſtantiæ vorſchützen könne, wenn er vor einem höhern Gericht Actione reali belanget wird. 120

LXIII. Wer die Urtel rechtskräftig werden laſſen, worin ihm ein Capital zuerkand worden, ohne der Zinſen und Nutzungen Meldung zu thun, kann dieſe nicht begehren, es wäre denn, daß ſie demſelben verſprochen worden. 121

LXIV. Das recht der Erſtgeburt, welches in der Grafſchaft Hoya den Söhnen der Bauren zuſtehet, gilt unter den Bürgern nicht, und dieſe können von dem Ihrigen durch einen letzten Willen Verfügung machen. 122

LXV. Ob Eltern widerrufen können, was ſie in der mit dem zweyten Ehegatten errichteten Eheſtiftung den Kindern erſter Ehe zum Beſten verabredet haben. 123

LXVI. Vom richterlichen Durchgreifen. 124

LXVII.

Seite.

LXVII. Wer ſeine Unwiſſenheit eidlich beſtärken will, muß zugleich ſchwören, daß er allen Fleiß angewendet hat, gründlichen Unterricht von der Sache zu erlangen. 126

LXVIII. Wenn ein präcludirter Gläubiger Reſtitutionem in integrum ausbringet, ſo fordert er von den bezahlten jüngern Gläubigern dasjenige billig wieder, was ſie nicht empfangen hätten, dafern er in der Prioritätsurtel gehörig claſſificiret wäre. 127

LXIX. Wer vor entſtandenem Concurs einen ältern Gläubiger indebite bezahlet, und dadurch veranlaſſet hat, daß die jüngere Gläubiger, ſo ſonſt leer ausgegangen wären, ihre Befriedigung erhalten, kann denjenigen, welchem die Zahlung geſchehen, zur Reſtitution nöthigen, dieſer aber den Regreß wider die jüngere Gläubiger nehmen. 128

LXX. Das unverantwortliche Verfahren der Mitglieder eines Collegii dürfen ihre Nachfolger im Amte nicht verantworten, und dafür büſſen. 129

LXXI. Wider einen Fuhrmann, dem die ihm anvertraute Sachen vom Wagen geſtohlen worden, findet die Actio de recepto keinen Platz. 130

LXXII. Wer eine Rechnung ohne Widerſpruch annimmt, erkennet dadurch deren Richtigkeit nicht. 131

LXXIII. Vom Beweis durch alte Urkunden und Zeugen, die alte Sachen von Hörſagen bekräftigen. 132

LXXIV. Von den Erforderniſſen eines verhängenden Arreſtes. 133

LXXV. Was im Erbregieſter dem Beſitzer eines Hofes oder Hauſes zugeſchrieben worden, iſt nicht immer für eine untrennbare Zubehörung deſſelben zu halten, wenn nach deſſen Veräuſſerung die darauf haftende Abgiften und Dienſte erfolgen können. 136

LXXVI. Ehefrauen, die nebſt ihren Männern Schuldverſchreibungen ausgeſtellet haben, ſind nur als Bürgen anzuſehen. 136

LXXVII. Bejahende Zeugen erweiſen nicht immer mehr, als die verneinende. 138

LXXVIII. Wer ad Juramentum ſuppletorium gelaſſen werden will, muß die angeblich gethane Ausgaben ſpecifice deſigniren. 139

LXXIX. Ein vormundſchaftliches Inventarium muß durch eine gerichtliche Perſon, oder einen Notarium, mit Zuziehung zweyer Zeugen, verfertiget werden, und wenn kein Betrug zu vermuthen, ſo erſetzet deſſen Mängel des Vormundes eidliche Specification. 140

LXXX. Ob zu Abfaſſung des Schluſſes eines Collegii, oder einer Gemeinde erfordert wird, daß zwey Drittheile ihrer Mitglieder dabey gegenwärtig geweſen? 142

LXXXI.

Seite.

LXXXI. Eine Subſtitutio iſt pro pupillari nicht zu halten, wenn die Worte des Vaters keine Einſchränkung auf die annos pubertatis des Sohnes ergeben. 143

LXXXII. Wie fern ein Pächter und Verpächter die Laſt der Einquartirung übernehmen müſſe, welche der Feind den Einwohnern des Landes aufleget. 144

LXXXIII. Wegen der dem Feinde gethanen Fuhren und Kornlieferungen gebühret dem Pächter nur ſo fern Remiſſion, als dadurch eine Verletzung über die Hälfte mit veranlaſſet worden. 146

LXXXIV. Die Erſetzung des Schadens, welcher jemanden vom Feinde zugefüget worden, kann er nach den ſtrengen Rechten vom gemeinen Weſen nicht begehren. 147

LXXXV. Ein Vormund iſt ob levem culpam ſeines Amts nicht zu entſetzen. 148

LXXXVI. Retorſiones injuriarum ſind in den Chur-Braunſchweigiſchen Landen erlaubet. 149

LXXXVII. Ein Teſtament, worin die Kinder übergangen ſind, beſtehet nicht als ein Fideicommiß, wenn gleich demſelben die Clauſula codicillaris angehänget worden? 151

LXXXVIII. Ob die im Lehnbriefe übergangene des Succeßionsrechts verluſtig werden, wenn ſie gleich von dem erſten Erwerber des Lehns abſtammen, oder ihre Vorfahren darin ehemals benennet worden. 153

LXXXIX. Eine ertheilte Anwartſchaft und Eventualbelehnung verhindert den Lehnsherrn nicht, in die Veräuſſerung des Lehns zu willigen, auch es, zum Beſten des Beſitzers, in Erbe zu verwandeln. 157

XC. Ein Dieb, der das Geſtohlne freywillig zurück giebet, wird mit der Todesſtrafe verſchonet, auch alsdann wenn zwar glaublich, aber beſonderer Umſtände halber nicht erweislich iſt, daß es ohne allen Zwang geſchehen. 159

XCI. Wenn der Schuldner auſſer Landes wohnet, ſo kömt den Bürgen das Beneficium excuſſionis nicht zu ſtatten. 161

XCII. Was einer bey Kriegeszeiten zur Vertheidigung des Landes hergegeben, muß daſſelbe, und nicht der Landesherr erſetzen. 162

XCIII. Vom Juramento Zenoniano. 164

XCIV. Vom ſtillſchweigenden Geſtändniß. 164

XCV. Ob der Pächter einen Nachlaß begehren könne, wenn die Früchte, nachdem ſie abgemähet worden, durch einen Unglücksfall verlohren gehen? 166

XCVI. Wenn im Kauf- oder Pachtcontract eine gewiſſe Morgenzahl benannt iſt, ſo muß, dafern ſich mehr findet, das Kauf- und Pachtgeld erhöhet, und hingegen ſolches vermindert werden, wenn weniger fürhanden. 167

Seite.
XCVII. Von dem Kirchenrecht, welches dem Durchl. Hauſe Braunſchweig und Lüneburg im kleinern Stift Hildesheim 1624 zugeſtanden. 169
XCVIII. Beweis, daß die Catholiſche Kirchen zu Wiedela, Steinbrück und Hennekenrode im Stift Hildesheim von den Evangeliſchen 1624, als Pfarrkirchen, beſeſſen worden. 175
XCIX. Wiefern rückſtändige Salaria und das Lohn der Dienſtboten Lehnſchulden ſind. 176
C. In den Fürſtenthümern Calenberg und Grubenhagen, gehöret der Rottzehende dem ordentlichen Zehendherrn des Orts nicht. 178
CI. Wem im Fürſtenthum Calenberg erlaubet iſt Ziegen zu halten. 179
CII. Ob der Fleiſchzehende von dem Vieh zu entrichten ſey, welches nach der Zählung, und ehe der Zehende wirklich gezogen worden, umgekommen? 180
CIII. Wie fern Zollſachen vor die Gerichte gehören. 181
CIV. Ob den Advocaten Palmaria verbindlich ausgelobet werden können? 182
CV. Wenn mehre Gläubiger auf ihre Bezahlung dringen, ſo kann der Schuldner nicht einen zum Nachtheil des andern vergnügen. 185
CVI. Von des Forſtherrn Befugniß, ein Gehölz in Zuſchlag zu legen. 186
CVII. Was einer aus Liebe und Barmherzigkeit thut, erweiſet nicht, daß er eine Erbſchaft angetreten hat. 186
CVIII. Zinſen von rückſtändigen Kaufgeldern ſind auch an den Orten mit den Capitalien zu bezahlen, allwo ſie ſonſt vor aller dieſer Abführung niemand empfänget. 187
CIX. Vom Mannthaler. 188
CX. Die Confirmationes der Eheſtiftungen geſchehen von den adelichen Gerichten, obwol ſie ſich über die Feldmark nicht erſtrecken, es wäre denn, daß an denen darin belegenen Gründen ein dingliches Recht erlanget werden wolte. 190
CXI. Von Feldgerichten. 190
CXII. Nicht alles, was die Lehnbriefe enthalten, iſt der Vaſall vom Lehnsherrn zu fordern befugt. 194
CXIII. Von den Erkenntniſſen der Reichsſtände und anderer auswärtiger Lehnsherren über ihre in den Chur-Braunſchweigiſchen Landen belegene Lehngüther wird nicht an den Oberlehnsherrn, ſondern an den Landesherrn appelliret. 195
CXIV. Von dem Foro continentiæ in Lehnſachen. 197
CXV. Ob die von einem Landesherrn ertheilte Lehnsexpectanzen und Eventual-auch Samtbelehnungen ſeinen Nachfolger in der Regierung, bevorab in den Chur-Braunſchweigiſchen Landen verbinden. 198

Seite.

CXVI. Die Chur-Braunſchweigiſche Expectanzen erlöſchen, wenn das Lehn, worauf jemand expectiviret iſt, bey ſeinen und ſeiner Söhne Lebzeiten nicht eröfnet wird. 203

CXVII. Der ordentliche Herrendienſt wird im Fürſtenthum Calenberg nicht gemeiniglich dem Gutsherren, ſondern dem Gerichtsherrn geleiſtet. 206

CXVIII. Wenn ein Ausländer den ihm vorbehaltenen Beweis deswegen nicht zu rechter Zeit beybringet, weil ſeine Landesobrigkeit die Competenz des denſelben erfordernden Gerichts in Zweifel ziehet, ſo iſt er wider den Ablauf des Termini probatorii in integrum zu reſtituiren, folglich mit dem anerbotenen Beweis annoch zu hören. 207

CXIX. Derjenige iſt weniger ſtrafbar, welcher geglaubet, das verbrauchte fremde Guth erſetzen zu können, und vermuthlich die Abſicht gehabt, ſolches zu thun, als wer mit Vorſatz jemanden um das Seinige bringet. 210

CXX. Den Gläubigern kommen alle Rechte zu, welche dem Cridario aus denen zu ſeinem und der Seinigen Beſten entrichteten Verträgen zuſtehen. 211

CXXI. Ob es zum Beweis des Eingebrachten hinreichet, wenn erhellet, daß der Frauen Miterbe eine gleiche Summe erhalten. 212

CXXII. Von der Schäfereygerechtigkeit im Fürſtenthum Calenberg. 213

CXXIII. Wem Uſuræ ultra alterum tantum zu bezahlen ſind. 215

CXXIV. Ob eine Wittwe das Leibgeding verliehret, wenn ſie ſich wieder verheyrathet. 217

CXXV. Falſche Münzer ſind nur mit dem Schwerdt zu beſtrafen, wenn ſie wenig falches Geld gemünzet, und ausgegeben haben. 218

CXXVI. Von den Schranken der Unabhängigkeit Evangeliſcher Conſiſtoriorum in Catholiſcher Herren Landen. 220

CXXVII. Von den rechtlichen Wirkungen einer übernommenen Garantie 224

CXXVIII. Holzerbſchaften ſind im Zweifel nicht für Mannlehn zu halten. 225

CXXIX. Wenn derjenige, welchem ein Stipendium zum Behuf ſeiner academiſchen Studien auf gewiſſe Jahre vermachet iſt, von deren Ablauf die Univerſität verläſſet, ſo kann es nur von der Zeit begehret werden, da er ſich auf ſelbiger befunden. 228

CXXX. Vom Beweis der Gewohnheit, daß der Lehnträger die Lehnwaaren allein zu bezahlen habe. 229

CXXXI. Wer die Münze eines Herrn, dem er nicht unterworfen iſt, machet, verdienet zwar die Todes- nicht aber die Feuerſtrafe. 230

CXXXII. Ein Teſtament, worin die Mutter übergangen worden, iſt nicht nullum, ſondern inoficioſum. 231

Seite.
CXXXIII. Das Zeugniß eines Anverwandten machet, wenn Adminicula fürhanden, einen halben Beweis. 234
CXXXIV. Von einem Teſtament, welches durch einen mit keiner ſchriftlichen Vollmacht verſehenen Mandatarium dem Gerichte übergeben worden. 235
CXXXV. Ob die Præſcriptio immemorialis durch ein Geſetz interrumpiret wird? 237
CXXXVI. Wer vorgiebet, daß ſein Advocat in einer Schrift etwas irrig angeführet, muß nach Ablauf der dreytägigen Friſt den Irrthum erweiſen. 238
CXXXVII. Den Unmündigen gedeihet die Reſtitutio in integrum wegen verſäumter Fatalien an, wenn ſie ſich gleich an den Vormündern erholen können. 239
CXXXVIII. Von dem Unterſcheid zwiſchen einfältigen und der Vernunft beraubten Leuten. 240
CXXXIX. Ob es dem Eigenthümer ſchadet, wenn der Pächter ſeines Guths zugiebet, daß ein Dritter währender Pachtjahre durch die Verjährung ſolches ſchmälert. 241
CXL. Wenn der Teſtirer aufgezeichnet hat, oder ſonſt erweislich iſt, daß ein Legatarius von ihm abgefunden worden, ſo kann dieſer das Legatum von deſſen Erben nicht fordern. 243
CXLI. Die Spolienklage mag in ſummariiſſimo angeſtellet werden. 244
CXLII. Das falſche Angeben einer Mutter, daß ihr Sohn in der Ehe gezeuget worden, hat wider ihn keine Kraft, wenn ſolches zu ſeinem Nachtheil gereichet. 246
CXLIII. Von dem Meyerding zu Rößing. 247
CXLIV. Von dem Recht der Väter, ihre Kinder in einer der drey Religionen erziehen zu laſſen, welche im teutſchen Reich angenommen ſind. 248
CXLV. In welchem Fall das Geld, womit ein Bruder vom Lehn abgeleget worden, eine Lehnſchuld iſt. 251
CXLVI. Der Lehnsfolger, welcher, des ertheilten Conſenſus halber, für den verſtorbenen Vaſallen eine Schuld bezahlen müſſen, begehret billig, daß man ihn aus deſſen Erbgütern ſchadlos halte. 252
CXLVII. Von Afterbelehnungen. 253
CXLVIII. Ob denen Eltern und Seitenverwandten des Meyers ein Erbrecht an den Meyergütern zuſtehet, bevorab, wenn ſie von dem erſten Erwerber nicht abſtammen. 254
CXLIX. In der Grafſchaft Hoya ſind die Aemter nicht befugt, dem Meyer und Anerben, ohne des Guthsherrn Einwilligung, einen Ehezettel zu geben. 260

CL.

Seite.

CL. Der Sohn eines Meyers muß deſſen Schulden bezahlen, wenn gleich dieſer abgemeyert werden können, und jenen der Guthsherr ohne Schuldigkeit den Hof eingethan hat. 262

CLI. Teſtes ſingulares erweiſen keine Verjährung. 264

CLII. Vermöge der Conſtitution von 1712 muß es der Obrigkeit angezeiget werden, wenn ein Vater ſeinen Kindern bürgerliche liegende Gründe überträget. 265

CLIII. Wer auf fremden Grund und Boden zu jagen berechtiget, muß ein Jus prohibendi erweiſen, wenn er andere davon ausſchlieſſen will. 266

CLIV. In welchen Fällen, mit Vorbeygehung der Kinder des verſtorbenen Meyers, ihrem Stiefvater das Meyerrecht ertheilet werden kann. 266

CLV. Von Holzgerichten. 271

CLVI. Die Exceptio Scti Macedoniani kömt in Teutſchland einem Vater zu ſtatten, wenn er gleich den Sohn knap gehalten, und dieſer derſelben ſich eidlich begeben hat. 280

CLVII. Wer bey einer Erbtheilung verkürzet worden, kann immer begehren, daß man den Mangel erſetze, dafern er aber Erbſtücke über den wahren Werth angenommen, nur alsdenn, wenn er mehr als die Hälfte zu wenig bekommen. 282

CLVIII. Von der Strafe des Raubes. 283

CLIX. Von auſſergerichtlichen Geſtändniſſen. 285

CLX. Von der Erbeinſetzung der Geſchwiſter und ihrer Kinder 286

CLXI. Die vom Feinde währender Occupation eines Landes aus erheblichen Urſachen erlaſſene Steuren kann die Landesherrſchaft nicht beytreiben. 287

CLXII. Ob eine geſchwächte Perſon, die zu demjenigen, der ſie geſchwängert hat, ins Bette kommen, einen Brautſchatz fordern könne. 289

CLXIII. Von der Satisfaction einer Geſchwächten. 289

CLXIV. Die Eidesdelation findet nach Ablauf des Termini probatorii annoch Platz. 290

CLXV. Wenn keine gewiſſe Zeit beſtimmet iſt, zu welcher die gemeinſchaftliche Triften auf den Aeckern und Wieſen eröfnet werden müſſen, ſo mag es nicht geſchehen, bevor die Früchte reif worden, und vom Eigenthümer ohne ſeinen Schaden abgeerndtet werden können. 291

CLXVI. Von der geiſtlichen Lehnsfähigkeit. 292

CLXVII. Die Appellation von einer in poſſeſſorio ordinario gefälleten Urtel hat Effectum ſuſpenſivum. 297

CLXVIII. In welchen Münzſorten die ausgelobte Zinſen zu bezahlen ſind. 298

CLXIX. Die Unwiſſenheit der Rechte entſchuldiget die Verſäumniß der Fatalien in denjenigen Rechtshändeln der Bauren, worin ſie keine Advocaten zu gebrauchen pflegen. 300

CLXX,

Seite.
CLXX. Von dem Juramento credulitatis. 300
CLXXI. Von dem Unterhalt armer elternloſer Kinder. 301
CLXXII. Mit Bedienten und Advocaten errichtete Contracte kann einer dem andern aufkündigen, wenn nicht das Gegentheil ausdrücklich bedungen iſt. 304
CLXXIII. Von Blutrunſten. 306
CLXXIV. Es darf im Stift Hildesheim keiner Parthey die Verſchickung der Acten ohne erhebliche Urſachen verſaget werden. 314
CLXXV. Wer durch ſeine Betheurungen jemanden beweget, demjenigen Geld zu leihen, der keinen Credit verdienet, muß ihn ſchadlos halten, wenn er darum komt. 317
CLXXVI. Ein mit der förſtlichen Obrigkeit verſehener Landesherr kann die Eigenthümer des Gehölzes nicht behindern, daſſelbe zu theilen. 320
CLXXVII. Die das landesherrliche Cameralintereſſe betreffende Rechtshändel ſind Juſtitzſachen, welche von den Gerichten des Landes zu entſcheiden, auch im Stift Hildesheim. 321
CLXXVIII. Wiefern derjenige, dem jemand alle ſeine Güter geſchenket hat, deſſen Schulden zu bezahlen verbunden iſt. 333
CLXXIX. Der Hauswirth darf dafür nicht einſtehen, wenn eine durch des Geſindes Verwahrloſung, ohne ſein Verſchulden, erregte Feuersbrunſt jemanden ſchadet. 334
CLXXX. Die wider die Herzoge von Braunſchweig und Lüneburg, als Beſitzer des Stift Hildesheim, von den Landes- und Reichsgerichten gefällete Urtheile verbinden die Hildesheimiſche Biſchöffe. 335
CLXXXI. Von den Schranken der Catholiſchen geiſtlichen Gerichte in Teutſchland, bevorab in den Streitigkeiten über Güter und weltliche Rechte der Cleriſey. 339
CLXXXII. Von des Stift-Hildesheimſchen Evangeliſchen Conſiſtorii Recht, die Superintendenten zu beſtellen. 345
CLXXXIII. Von dem Diſpenſations-Recht der Biſchöffe zu Hildesheim in ihrer Evangeliſchen Unterthanen Eheſachen. 349
CLXXXIV. Von den Rechten der Evangeliſchen Canonicorum in Capitulis mixtis. 352
CLXXXV. Von Schutzherrſchaften. 356
CLXXXVI. Von Endel-Stiegen und Neben-Hocken. 360
CLXXXVII. Von dem angemaſſeten Münſterſchen Beſatzungsrecht im Schloß Bentheim. 366

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Strube, David Georg, 1694-1776

David Georg Struben Königl. Großbritannischen und Churfürstl. Braunschweig-Lüneburgischen Vicekanzlers Rechtliche Bedenken

Bd.: Erster Theil.

Darmstadt 1788

4 Jur.opp. 48 n-1/2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10521771-6
VD18 90912349